

Open Universiteit

Faculteit Rechtswetenschappen

Scriptie R80313

Het gelijkwaardigheidsbeginsel in het bouwrecht

20 oktober 2011

Begeleiding: Prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis

Examinator: Prof. mr. J.G.J. Rinkes

J. van Knippenberg

837299189

jggm.vanknippenberg@studie.ou.nl

06 27 06 51 38

Voorwoord

In 1983 ben ik afgestudeerd als bouwkundig ingenieur aan de Technische Hogeschool Eindhoven (thans: Technische Universiteit Eindhoven) bij de vakgroep Fysische Aspecten van de Gebouwde Omgeving FAGO. Bouwprojectmanagement stond toen nog in de kinderschoenen en werd niet of nauwelijks onderwezen.¹ Desalniettemin kwam ik in 1988 na enige omzwervingen terecht in een projectmanagementfunctie bij een bouwbedrijf. In een dergelijke functie heeft men al snel te maken met allerlei juridische kwesties die verband houden met het managen van het project. Te denken valt aan tijdige aanvraag en verlening van benodigde vergunningen in relatie tot de voor het project beoogde planning, het opstellen van contracten met architecten, adviseurs en aannemers en de veelvuldig in het bouwproces terugkerende discussies over geleverde kwaliteit, meer- en minderwerk en de bouwtijd.

Na in de loop der jaren enige losstaande cursussen op het bouwrechtgebied te hebben gevolgd, besloot ik in 2005 om een poging te doen om een volledige juridische opleiding te volgen om zodoende bouwrechtelijke discussies ook in een breder juridisch perspectief te kunnen plaatsen.

De studie rechten aan de Open Universiteit sluit ik met deze scriptie af. De tekst van deze scriptie is afgerond op 30 september 2011. Met ontwikkelingen nadien is derhalve geen rekening gehouden.

Jan van Knippenberg
Delft, 20 oktober 2011

¹ Uit eigen waarneming, ik heb daar geen onderzoek naar gedaan.

Inhoud

1. Inleiding	4
2. Doel van het onderzoek, probleemstelling en methodologie	5
3. Korte schets van het bouwrecht	7
4. Gelijkwaardigheid in het publiekrechtelijk bouwrecht	8
4.1 Inleiding	8
4.2 Doel van gelijkwaardigheid	10
4.3 Evaluatie Bouwbesluit 1992	13
4.4 De functie van normen in het kader van gelijkwaardigheid	15
4.5 Beoordeling van gelijkwaardigheid	18
4.6 Gelijkwaardige oplossingen	21
4.7 Gelijkwaardigheidverklaringen	21
4.8 Analyse van jurisprudentie	22
5. Gelijkwaardigheid in het privaatrechtelijk bouwrecht	27
5.1 Aanbestedingsrecht	27
5.1.1 Inleiding	27
5.1.2 Doel van gelijkwaardigheid	27
5.1.3 Varianten	30
5.1.4 Beoordeling van gelijkwaardigheid	30
5.1.5 Analyse van jurisprudentie	31
5.1.6 Het arrest Traunfellner	36
5.2 Bouwcontracten	37
5.2.1 Inleiding	37
5.2.1.1 Technische specificaties	37
5.2.1.2 UAV 1989	37
5.2.1.3 UAV-gc 2005	38
5.2.1.4 Koop/ aannemingsovereenkomsten	39
5.2.2 Doel van gelijkwaardigheid	39
5.2.3 Analyse van jurisprudentie	40

6. Overeenkomsten en verschillen tussen beoordelingen in het publiekrechtelijk en in het privaatrechtelijk bouwrecht	48
7. Mogelijke beoordelingsmethodieken van gelijkwaardigheid	49
7.1 Relevante aspecten voor de beoordeling van gelijk- waardigheid uit de hiervoor onderzochte beoordelingen	49
7.2 De equivalentietheorie	49
7.3 Besliskunde	52
8. Conclusies en aanbevelingen	54
Literatuur	57
Bijlagen	60

1. Inleiding

Gelijkwaardigheid is een begrip dat op diverse plaatsen in het bouwrecht gehanteerd wordt. Het komt voor in het kader van de **publiekrechtelijke regelgeving** (Bouwbesluit, Gebruiksbesluit) dat bepalingen kent waarmee andere dan in die regelgeving beschreven oplossingen mogelijk worden gemaakt. In **privaatrechtelijke zin** komt het voor in het aanbestedingsrecht² welk gericht is op bevordering van concurrentie en vrije mededinging alsmede in het bouwcontractenrecht, zij het in dit laatste gebied niet met zoveel woorden. De initiatiefnemers (vergunningaanvragers) of aanbieders (inschrijvers bij een aanbesteding of een aannemer die een overeenkomst tot realisatie van een werk heeft gesloten) zijn degenen die een beroep doen op gelijkwaardigheidsbepalingen. Hoewel het daarbij zo is dat de initiatiefnemer de gelijkwaardigheid van de door hem voorgestelde oplossing zal moeten aantonen³, is het aan de andere partij (het bevoegd gezag, de aanbestedende dienst, de opdrachtgever) dat te beoordelen. De vraag die zich daarbij voordoet – en die de aanleiding vormt tot het onderhavig onderzoek – is aan welke criteria dient te worden voldaan om te kunnen spreken van een gelijkwaardige oplossing naar het oordeel van de beoordelende partij. Van belang daarbij is het kenbaarheidvereiste: is het voor degene die een voorstel tot een gelijkwaardige oplossing doet, voldoende kenbaar aan welke criteria getoetst zal worden? Daartoe ga ik na op welke manier dergelijke toetsing door beoordelende partijen plaats vindt alsmede hoe dit in de jurisprudentie in zijn werk gaat wanneer over de beoordeling van al dan niet gelijkwaardige oplossingen een geschil ontstaat. Uit deze analyse tracht ik een aantal criteria te destilleren die als meer algemeen richtsnoer zouden kunnen dienen voor de beoordelingen van gelijkwaardige oplossingen. Naast de conclusies die uit bedoelde analyse getrokken kunnen worden, beschouw ik vervolgens of elementen uit de equivalentietheorie (equivalent = gelijkwaardig) uit het octrooirecht aanknopingspunten kunnen bieden voor de onderhavige problematiek. Ten slotte wijd ik een korte beschouwing aan het vakgebied der besliskunde waarin eveneens mogelijke aanknopingspunten gevonden kunnen worden voor een beoordeling van gelijkwaardige oplossingen. Ten slotte rond ik af met een aantal aanbevelingen die volgen uit het onderzoek.

² Het is de vraag welk karakter het aanbestedingsrecht heeft. Pijnacker Hordijk e.a. 2009 stellen op pagina 1 dat de voorschriften van het aanbestedingsrecht in het algemeen tot het publiekrecht behoren. Ik ben van mening dat het het recht is welke de precontractuele fase voorafgaande aan de totstandkoming van een overeenkomst beheerst en derhalve privaatrechtelijk van aard is. Mijns inziens valt namelijk niet in te zien dat aanbestedende diensten publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefenen.

³ Voor zover het de aanvrager van een bouwvergunning betreft, is het overigens zo dat artikel 1.5 Bouwbesluit, noch de toelichting hierop, er aan in de weg staan dat een ander dan de aanvrager het gelijkwaardigheidsonderzoek, als bedoeld in deze bepaling, uitvoert (ABRvS 4 juli 2011, nr. 201106370/1/H1). In het onderhavige geval baseerden burgemeester en wethouders zich op een oordeel van de eigen gemeentelijke brandweer.

2. Doel van het onderzoek, probleemstelling en methodologie

Doel van het onderzoek

Het doel van het onderzoek is om na te gaan hoe beoordeling van gelijkwaardigheid in het bouwrecht plaats vindt en om mogelijkheden te onderzoeken om tot een duidelijke en kenbare beoordelingsmethodiek te komen.

Probleemstelling

De belangrijkste probleemstellingen luiden derhalve:

1. Welke criteria worden gehanteerd bij de beoordeling van gelijkwaardigheid in het bouwrecht?
2. Hoe zou de beoordeling dienen te verlopen?

Ter beantwoording daarvan komen de volgende deelvragen aan de orde:

Vraag 1: wat is onder gelijkwaardigheid te verstaan?

Deelvraag 1.1.: wat is de plaats van gelijkwaardigheid in het recht (bestuursrecht en privaatrecht)?

Deelvraag 1.2: wat is het doel van het gelijkwaardigheidsbeginsel? Welke onderliggende beginselen spelen daarbij een rol?

Deelvraag 1.3: wat zijn de rechtsgevolgen van gelijkwaardigheid?

Vraag 2: hoe vindt beoordeling van gelijkwaardigheid plaats in het bestuursrecht en in het privaatrecht?

Deelvraag 2.1: welke instanties beoordelen gelijkwaardigheid?

Deelvraag 2.2: welke beoordelingsruimte hebben zij daarbij?

Deelvraag 2.3: waarop baseren zij zich bij de beoordeling?

Deelvraag 2.4: wat zijn de procedurevoorschriften?

Deelvraag 2.5: hebben beoordelende instanties beleidsregels opgesteld ten aanzien van de beoordeling, zowel materieel als formeel?

De deelvragen 2.3, 2.4 en 2.5 zijn, zo zou men kunnen stellen, rechtssociologisch van aard. Voor de beantwoording daarvan heb ik aan de 30 grootste gemeenten alsmede de deelgemeenten in Amsterdam en Rotterdam vragen voorgelegd in hun hoedanigheid als vergunningverlenende instantie. Deze vragen zijn bijgevoegd in bijlage 1. Voor de beantwoording van de deelvragen in het kader van het aanbestedingsrecht heb ik eveneens aan dezelfde gemeenten en deelgemeenten alsmede aan de provincies, de 26

waterschappen, de bouwdiensten van de rijksoverheid en Prorail vragen voorgelegd die zijn bijgevoegd in bijlage 2.

Vraag 3: hoe zou beoordeling dienen plaats te vinden?

Deelvraag 3.1: zijn er theorieën voorhanden die bruikbaar zijn voor de beoordeling van gelijkwaardigheid in het bouwrecht? Denk aan de equivalentietheorie in het octrooirecht. Wellicht zijn ook elementen uit de besliskunde bruikbaar.

Methodologie

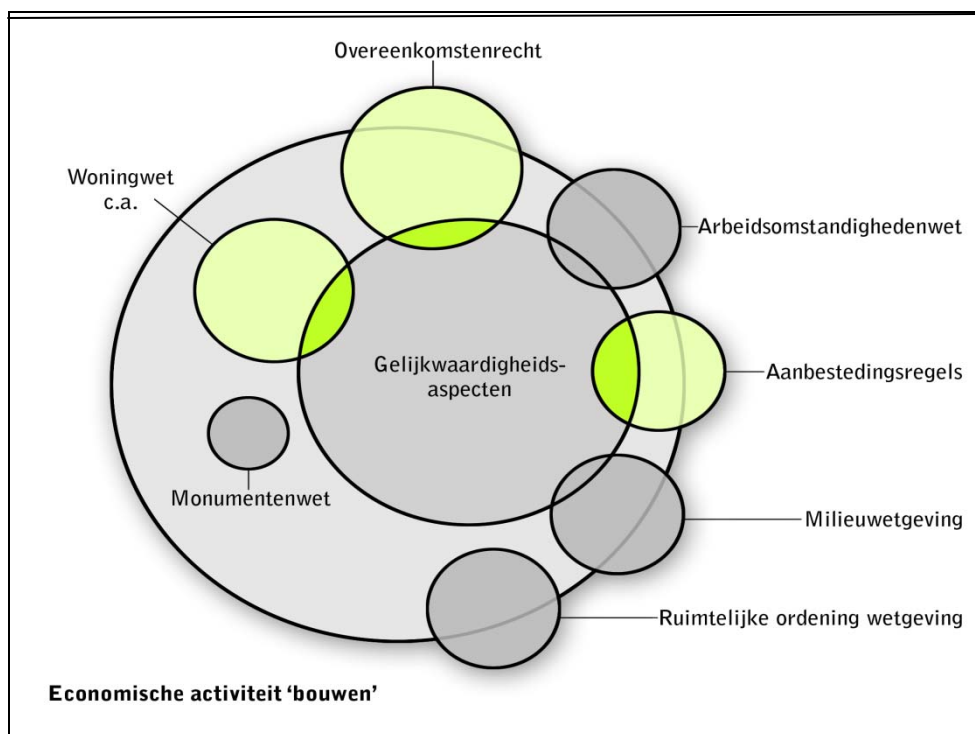
Ter beantwoording van deze vragen ben ik te rade gegaan in de literatuur, de parlementaire geschiedenis m.b.t. het Bouwbesluit en in de jurisprudentie. Bij de vragen die gaan over de beoordeling van gelijkwaardigheid heb ik daarnaast vragen voorgelegd aan diverse diensten als hiervoor genoemd.

De opzet van deze scriptie is als volgt. Als eerste zal een korte schets van het bouwrecht worden gegeven waarbij ik aandacht besteed aan de vraag binnen welke domeinen het gelijkwaardigheidsbeginsel een rol speelt. Vervolgens beschrijf ik deze rol en functie binnen de diverse domeinen. Als eerste komt daarbij het publiekrechtelijk deel aan de orde en vervolgens de twee privaatrechtelijke delen. Na deze typering ga ik in op de overeenkomsten en verschillen tussen die domeinen met betrekking tot het gelijkwaardigheidsbeginsel. Door deze met elkaar te vergelijken, tracht ik na te gaan of er uit de manier waarop er in het ene rechtsgebied met deze materie wordt omgegaan, lering kan worden getrokken of toepassingsmogelijkheden kunnen worden gevonden voor het andere rechtsgebied. Tenslotte tracht ik een aanzet te geven voor een beoordelingsmethodiek en rond ik af met conclusies en aanbevelingen.

3. Korte schets van het bouwrecht

Het bouwrecht wordt getypeerd als een functioneel rechtsgebied.⁴ Dit houdt enerzijds in dat het gekenmerkt wordt door een dwarsdoorsnede van privaatrecht en publiekrecht en anderzijds dat het gericht is op het bouwproces als zodanig.⁵ Als object van het bouwrecht geldt de bouw in de zin van het tot stand brengen en in stand houden van alle onroerende zaken, niet alleen gebouwen maar ook grondwerken in de ruimste zin van het woord.⁶ Ten aanzien de omvang van het bouwrecht geldt dat daaronder niet alleen wordt verstaan het specifiek voor die branche ontwikkelde recht, waarvan het autonome bouwrecht in ieder geval voor het privaatrechtelijk deel een belangrijk deel uitmaakt, maar ook het algemene recht welk mede op de bouw van toepassing is. Hieronder zou onder meer het aanbestedingsrecht geschaard kunnen worden. Het aanbestedingsrecht heeft immers betrekking op meer dan alleen het economisch terrein van het bouwen.

In het kader van deze scriptie zou men het bouwrecht als volgt kunnen weergeven.



4. Gelijkwaardigheid in het publiekrechtelijk

⁴ Van den Berg e.a. (red.) 2010, p. 6

⁵ Van den Berg e.a. (red.) 2010, p. 4

⁶ Van den Berg e.a. (red.) 2010, p. 3

bouwrecht

4.1 Inleiding

Op nieuw te bouwen alsmede op bestaande bouwwerken is het Bouwbesluit⁷ van toepassing. Het Bouwbesluit is een algemene maatregel van bestuur die zijn formeelwettelijke grondslag vindt in artikel 2 van de Woningwet.⁸ Het Bouwbesluit bevat zowel voor nieuw te bouwen als voor bestaande bouwwerken de minimum technische voorschriften omtrent veiligheid, gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid en milieu.⁹ De bouwtechnische voorschriften worden in de vorm van functionele eisen gesteld. Waar mogelijk zijn deze eisen uitgewerkt in concrete prestatievoorschriften. Prestatie-eisen kunnen worden gesteld aan de eigenschappen van de onderdelen van een bouwwerk maar kunnen ook bestaan uit een aanwezigheidseis. Er wordt gebruik gemaakt van eenduidige bepalingsmethoden en grenswaarden.¹⁰

Ter verduidelijking: een functionele eis is bijvoorbeeld artikel 2.14 lid 1 Bouwbesluit¹¹:

Een te bouwen bouwwerk bevat voorzieningen waardoor het van een vloer vallen voldoende wordt voorkomen.

Deze bepaling heeft dus als functie de eis te stellen dat vallen van een vloer voorkomen moet worden. In het tweede lid staat vervolgens dat aan het eerste lid (de functionele eis) is voldaan indien er aan de (prestatie)eisen wordt voldaan die voor de betrokken gebruiksfuncties zijn aangewezen in de aansturingtabellen. In dit geval bepaalt artikel 2.14 lid 2:

Voor zover voor een gebruiksfunctie in tabel 2.14 voorschriften zijn aangewezen, wordt voor die gebruiksfunctie aan de in het eerste lid gestelde eis voldaan door toepassing van die voorschriften.

Zie de desbetreffende aansturingtabel op de volgende pagina.

⁷ *Stb.* 1991, 680

⁸ Sedert de invoering van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (*Stb.* 2008, 496, laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2010, 142) spreken we niet meer over een bouwvergunning maar over een omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen. Het materiële toetsingskader voor deze vergunning blijft echter het Bouwbesluit, gegrond op de Woningwet.

⁹ Het Bouwbesluit bevat voor de bestaande bouw minder voorschriften dan voor nieuw te bouwen bouwwerken. Het niveau van deze eisen is in de regel lager dan dat van de eisen voor nieuwbouw. Voor de bestaande bouw zijn de eisen beperkt tot de onderwerpen veiligheid, gezondheid en bruikbaarheid.

¹⁰ De Jong & Pothuis 2008, p. 270

¹¹ In de structuur van het Bouwbesluit is de functionele eis steeds in het eerste lid van een voorschrift geplaatst.

Tabel 2.14

gebruiksfunctie	leden van toepassing												grenswaarden				
	aanwezigheid			hoogte				openingen				opstapmogelijkheid		hoogte		openingen	
artikel	2.15			2.16				2.17				2.18		2.16		2.17	
lid	1	2	3	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	1	2	3	
													[m]	[m]	[m]		
1 woonfunctie																	
a woonfunctie van een woonwagen	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
b andere woonfunctie	1	2	-	1	2	3	-	1	2	3	-	1	-	1	0,1	0,5	
2 bijeenkomstfunctie																	
a bijeenkomstfunctie voor kinderopvang voor kinderen jonger dan 4 jaar	1	2	3	1	2	3	-	1	2	3	-	1	-	1	0,1	0,5	
b andere bijeenkomstfunctie voor kinderopvang	1	2	3	1	2	3	-	1	-	3	4	1	-	1	-	0,2	
c andere bijeenkomstfunctie	1	2	3	1	2	3	4	-	-	3	4	-	2	1	-	0,5	
3 celfunctie	1	2	3	1	-	3	-	1	-	3	4	-	2	1,2	-	0,3	
4 gezondheidszorgfunctie	1	2	3	1	2	3	-	1	-	3	4	-	2	1	-	0,5	
5 industrie functie	1	2	3	1	2	3	-	1	-	3	4	-	2	1	-	0,5	
6 kantoorfunctie	1	2	3	1	2	3	-	1	-	3	4	-	2	1	-	0,5	
7 logiesfunctie	1	2	3	1	2	3	-	1	-	3	4	-	2	1	-	0,5	
8 onderwijsfunctie																	
a onderwijsfunctie voor speciaal onderwijs	1	2	3	1	2	3	-	1	-	3	4	1	-	1	-	0,2	
b andere onderwijsfunctie	1	2	3	1	2	3	-	1	-	3	4	1	-	1	-	0,5	
9 sportfunctie	1	2	3	1	2	3	4	-	-	3	4	-	2	1	-	0,5	
10 winkelfunctie	1	2	3	1	2	3	-	1	-	3	4	-	2	1	-	0,5	
11 overige gebruiksfunctie	1	2	3	1	2	3	-	1	-	3	4	-	2	1	-	0,5	
12 bouwwerk geen gebouw zijnde	1	2	3	1	2	-	-	-	2	-	-	-	-	1	0,5	-	

Met betrekking tot dit onderwerp – vloerafscheiding – stelt het Bouwbesluit eerst nog een aanwezigheidseis in artikel 2.15:

1. Een vloer heeft bij een rand een niet beweegbare afscheiding als die rand meer dan 1 m hoger ligt dan een aansluitende vloer, het aansluitende terrein of het aansluitende water.
(...).

waarna artikel 2.16 eisen stelt ten aanzien van de hoogte van vloerafscheidingen:

1. Een afscheiding als bedoeld in artikel 2.15 heeft een vanaf de vloer gemeten hoogte van ten minste de in tabel 2.14 aangegeven waarde.
(...).

In het hierboven gegeven voorbeeld is de bepalingsmethode eenvoudig. Met een meetlat kan worden vastgesteld of een balustrade voldoende hoog is. Voor de bepalingsmethode wordt doorgaans naar privaatrechtelijke documenten zoals een NEN-norm verwezen.¹² Omtrent de toepassing van in het Bouwbesluit genoemde NEN-normen kunnen bij ministeriële regeling voorschriften worden gegeven, zo bepaalt artikel 1.3 van het Bouwbesluit. Deze regeling is de Regeling Bouwbesluit 2003. Ter uitvoering van de EG-richtlijn bouwproducten¹³ wordt het

¹² NEN-normen en de zogenoemde erkende kwaliteitsverklaringen (certificaten in de bouw) zijn de twee typen van private documenten waar het stelsel van de bouwregelgeving gebruik van maakt.

¹³ Richtlijn 89/106 EEG

gebruik van bouwmaterialen en bouwdelen die zijn voorzien van een CE-markering¹⁴, verplicht. Verder wordt in het Bouwbesluit verwezen naar kwaliteitsverklaringen afgegeven door erkende certificeringinstellingen. Hierbij gaat het om een verklaring waarin is aangegeven dat een bouw materiaal of bouwdeel, mits toegepast op een nader omschreven wijze, voldoet aan de eisen die aan zulke materialen of delen worden gesteld in het Bouwbesluit. Of de aanvrager van een bouwvergunning gebruik maakt van materialen of bouwdelen die zijn voorzien van zo'n verklaring, staat hem vrij.¹⁵

Tot 1992 was het geven van technische bouwvoorschriften een gemeentelijke taak. In 1992 werden de technische bouwvoorschriften landelijk geüniformeerd in het Bouwbesluit. Vanaf dat moment mochten gemeenten geen technische bouwvoorschriften meer in hun bouwverordening opnemen. Hiermee werd een belangrijk bezwaar van de bouwpraktijk, de ongelijkheid in (gemeentelijke) bouwvoorschriften weggenomen.¹⁶

Na de invoering van het Bouwbesluit bleef het geven van voorschriften omtrent het gebruik van bouwwerken een bevoegdheid van het college van burgemeester en wethouders. Sinds 1 november 2008 zijn ook deze voorschriften landelijk geregeld en wel in het Gebruiksbesluit.¹⁷

4.2 Doel van gelijkwaardigheid

Het oorspronkelijke Bouwbesluit, dat in 1992 werd ingevoerd, kwam voort uit het Actieprogramma deregulering (woning)bouwregelgeving¹⁸ waarin was gesteld dat de technische voorschriften omtrent het bouwen van bouwwerken en omtrent bestaande bouwwerken uit het oogpunt van vereenvoudiging van en eenheid in de regelgeving bij of krachtens algemene maatregel van bestuur zouden moeten worden gegeven.

De nota van toelichting¹⁹ bij het ontwerp Bouwbesluit vermeldt dat het voorliggende besluit een verdere stap is in het uniformeren van bouwvoorschriften, noodzakelijk omdat daaraan voorafgaande ontwikkelingen gemeenten ertoe noopten op ruime schaal vrijstelling van de voorschriften te verlenen dan wel nadere eisen te stellen. En een tweede stap bestond in het zoveel mogelijk ombouwen van functionele eisen in prestatie-eisen hetgeen, blijkens de nota van toelichting, tot gevolg heeft dat niet langer de weg waarlangs bouwtechnische kwaliteit wordt bereikt van primair belang is, maar de prestaties door constructie en materialen geleverd.²⁰

¹⁴ Een CE-markering (CE betekent: *Conformité Européenne*) geeft aan dat een product voldoet aan minimumeisen die door de EU zijn gesteld op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu.

¹⁵ De Jong & Pothuis 2008, p. 271

¹⁶ De Jong & Pothuis 2008, p. 269

¹⁷ *Stb.* 2008, 327

¹⁸ TK 1983/84, 17 931, nr. 7

¹⁹ TK 1987/88, 20 066, nr. 6, p. 34

²⁰ TK 1987/88, 20 066, nr. 6, p. 35

Het Bouwbesluit voorziet in de mogelijkheid om, mits binnen het kader van de functionele eis wordt gebleven (*onderstreping JvK*), af te wijken van de in het besluit gegeven prestatie-eisen.²¹ Afwijking van de prestatie-eisen kan wenselijk of zelfs noodzakelijk zijn in verband met bijvoorbeeld de aard van het betreffende bouwwerk of plaatselijke omstandigheden, dan wel in verband met de toepassing van innovatieve materialen of constructies die worden toegepast.²² Daarin is dan ook het doel van de gelijkwaardigheidsbepaling gelegen: de mogelijkheid open houden om op een andere manier hetzelfde doel te bereiken hetgeen ruimte geeft voor nieuwe technieken en inzichten, terwijl het uiteindelijke doel van de regelgeving gehandhaafd wordt of zelfs verbeterd wordt: veilige, gezonde en comfortabele woon- en werkomstandigheden.

Van Overveld²³ is van mening dat van gelijkwaardigheid op grond van het Bouwbesluit 2003 sprake is als:

1. Het gaat om een concrete bouwwerkgebonden oplossing;
2. Die afwijkt van een op die concrete oplossing van toepassing zijnd voorschrift in hoofdstuk 2 t/m 6 van Bouwbesluit 2003 aangaande:
 - a. de grenswaarde;
 - b. de bepalingsmethode²⁴; of
 - c. de functionele eis (*onderstreping JvK*); en
3. voldoet aan wat de wetgever met dat voorschrift heeft beoogd, met betrekking tot:
 - a. veiligheid;
 - b. gezondheid;
 - c. bruikbaarheid;
 - d. energiezuinigheid; en
 - e. milieu.

Ten aanzien van de gelijkwaardigheidsbepalingen²⁵ merkt de nota van toelichting op dat deze artikelen de mogelijkheid bieden om van de gegeven voorschriften af te wijken mits evenwel ten genoegen van burgemeester en wethouders wordt aangetoond dat de door hem gekozen methode, qua niveau, ten minste gelijk is aan het niveau dat wordt beoogd te bereiken met de gegeven voorschriften.

²¹ In 't Hout & Smid 2004, p. 933

²² TK 1987/88, 20 066, nr. 6, p. 36

²³ Van Overveld 2010, p. 44

²⁴ Zie verder onder 4.4

²⁵ Het oorspronkelijke Bouwbesluit waarbij de technische bouwvoorschriften werden geüniformeerd, dateert van 1992 en werd gelijktijdig van kracht met de Woningwet 1992. In het Bouwbesluit 1992 waren gelijkwaardigheidsbepalingen per hoofdstuk opgenomen. Bij het Bouwbesluit 2003 is één gelijkwaardigheidsbepaling van algemene strekking voor het gehele Bouwbesluit opgenomen.

De stelling dat door middel van een beroep op de gelijkwaardigheidsbepaling ook van de functionele eis kan of mag worden afgeweken, deel ik niet. Zie daartoe de nota van toelichting²⁶ bij het Bouwbesluit 2012:

Op basis van de gelijkwaardigheid zoals vastgelegd in artikel 1.3 is het mogelijk zolang aan de functionele eis van het betreffende voorschrift wordt voldaan, met een andere oplossing te komen in plaats van te voldoen aan de in het besluit gegeven prestatie-eisen.

De gelijkwaardigheidsbepaling in het huidige Bouwbesluit 2003 is opgenomen in § 1.3, artikel 1.5:

§ 1.3. Gelijkwaardigheidsbepaling

Artikel 1.5

Aan een in het tweede tot en met zesde hoofdstuk gesteld voorschrift dat moet worden toegepast om te voldoen aan een met betrekking tot een bouwwerk of een gedeelte daarvan gestelde eis, hoeft niet te worden voldaan, voor zover anders dan door toepassing van dat voorschrift het bouwwerk of het betrokken gedeelte daarvan ten minste **dezelfde mate** van veiligheid, bescherming van de gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid en bescherming van het milieu biedt, als is beoogd met het betrokken voorschrift.

Het concept Bouwbesluit 2012 kent in artikel 1.3 de volgende tekst:

Artikel 1.3 Gelijkwaardigheidsbepaling

1. Aan een in hoofdstuk 2 tot en met 7 gesteld voorschrift hoeft niet te worden voldaan indien het bouwwerk of het gebruik daarvan anders dan door toepassing van het desbetreffende voorschrift ten minste **dezelfde mate** van veiligheid, bescherming van de gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid en bescherming van het milieu biedt als is beoogd met de in die hoofdstukken gestelde voorschriften.
2. Een gelijkwaardige oplossing als bedoeld in het eerste lid wordt bij het gebruik van het bouwwerk in stand gehouden.

In het Bouwbesluit 2012 worden voorschriften omtrent het bouwen alsmede voorschriften omtrent het gebruik van bouwwerken, die momenteel nog worden gegeven in het Gebruiksbesluit, samengevoegd.

²⁶ TK 2010/11, 32 757, nr. 1, p. 6

4.3 Evaluatie Bouwbesluit 1992

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Herziening van de Woningwet (TK 20 066) op 9 mei 1990 heeft de toenmalige staatssecretaris toegezegd de nieuwe bouwregelgeving drie jaren na inwerkingtreding te evalueren. De werking van het destijds nieuwe Bouwbesluit werd onder meer geëvalueerd in de Evaluatienota herziene Woningwet en Bouwbesluit (bijlage bij TK 1996/97, 25 000 XI, nr. 39) en in het MDW-onderzoek²⁷ bouwregelgeving van 1997 (bijlage bij TK 1996/97, 24 036, nr. 59).

In voornoemde evaluatienota werd onder meer geconstateerd dat de bouwpraktijk overwegend positief oordeelde over de uniformering als gevolg van de invoering van het Bouwbesluit hetgeen eveneens gold voor de systematiek van het Bouwbesluit met prestaties in het besluit zelf en met verwijzingen naar normen voor de bepalingsmethode. Verder werd geconstateerd dat de prestatie-eisen meer duidelijkheid schiepen dan de voorheen fungerende functionele eisen.²⁸ Evenzeer werd echter geconstateerd dat er vanwege de complexiteit en de juridische formulering van de bouwtechnische regels, verschillen in interpretatie tussen gemeenten bleken te bestaan waardoor er nog steeds geen sprake was van uniforme toepassing.²⁹

In het MDW-onderzoek (pagina 34) werd onder meer geconstateerd:

De gelijkwaardigheidsbepalingen functioneren niet optimaal door gebrek aan kennis bij zowel bouwers als gemeenten. Door middel van een databestand dat opgezet is door de bouwpraktijk zelf, zou meer bekendheid kunnen worden gegeven aan gelijkwaardige oplossingen. Door dit bestand te raadplegen kunnen gemeenten, architecten en bouwers zich snel een beeld vormen van oplossingen die eerder als gelijkwaardig zijn beoordeeld. Naar verwachting zal de opzet van een bestand ook unificerend werken.

Er zijn inmiddels twee initiatieven van start gegaan die beogen een bestand op te zetten van gelijkwaardige oplossingen (*waarbij in een voetnoot werd opgemerkt dat beide initiatieven uit de bouwpraktijk kwamen en geen juridische status hadden, JvK*). De VNG en Vereniging Stadswork verzamelen en annoteren gelijkwaardige oplossingen op grond van het Bouwbesluit. Zij hebben ongeveer 40 gelijkwaardigheidsgevallen verzameld. De eerste annotaties zullen zij rond de zomer publiceren. Daarnaast zal eind dit jaar het Bouw Consultatie Systeem ook een overzicht bieden van gelijkwaardige oplossingen. Dit bestand wordt verkregen door de (110) gemeentelijke gebruikers van het BCS te vragen al hun gelijkwaardige oplossingen door te geven. Er wordt vervolgens niet, zoals wel bij het bestand van de VNG/ Vereniging Stadswork een extra "gelijkwaardigheidstoets" opgenomen. In principe worden alle aangedragen oplossingen opgenomen.

²⁷ MDW = Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit

²⁸ Evaluatienota herziene Woningwet en Bouwbesluit, p. 19

²⁹ Evaluatienota herziene Woningwet en Bouwbesluit, p. 20

Uit het onderzoek blijkt dat er op een vrij praktische en pragmatische manier werd omgegaan met de beoordeling van gelijkwaardige oplossingen. Als hulpmiddel bij de beoordeling werd ervoor gekozen een databestand aan gelijkwaardige oplossingen op te zetten. Van het ontwikkelen van meer algemeen toepasbare criteria, beoordelingsrichtlijnen of beleidskaders (zie hieronder paragraaf 4.5) is niet gebleken.

Problemen bij de beoordeling van gelijkwaardigheid werden ook nog steeds gesignaleerd in de brief van de staatssecretaris van VROM van 9 april 2002, TK 28 325, nr. 1, p. 28:

Bij sommige abstracte voorschriften is bij de regeltoepassing niet direct duidelijk of een concreet bouwplan aan de in die voorschriften gestelde eisen voldoet. Die duidelijkheid ontstaat pas wanneer die eisen worden geoperationaliseerd. In relatie tot het Bouwbesluit betreft dit verschijnsel met name de afstand tussen prestatie-eis/ NEN-normen en concrete bouwplannen alsmede de vraag of een gekozen technische ontwerp oplossing bij een concreet bouwplan gelijkwaardig kan worden geacht.

In dezelfde brief werd overigens geconstateerd dat er door de gemeenten in de bouwvergunningprocedure op uiteenlopende wijze invulling werd gegeven aan de preventieve toets aan het Bouwbesluit welke verschillen zich toespitsten op de wijze waarop bouwaanvragen aan de verschillende voorschriften uit het Bouwbesluit werden getoetst. Om deze ongewenste situatie het hoofd te bieden, stelde de staatssecretaris voor om een instructief toetsingsprotocol op te doen stellen waarmee tegemoet zou kunnen worden gekomen aan de gemeentelijke behoefte over de wijze en intensiteit van toetsing van bouwaanvragen aan het Bouwbesluit.

Het toetsingsprotocol CKB-online³⁰ werd ontwikkeld door de Vereniging Bouw- en Woningtoezicht Nederland³¹ en is inmiddels overgegaan in het programma BRIS-toets³² dat bouwplantoetsers een kwaliteitsinstrument biedt om bouwplannen gestructureerd en transparant te toetsen aan de eisen van het Bouwbesluit. Door het transparante toetsingsproces kan achteraf eenvoudig worden aangetoond op welke onderdelen is getoetst en met welke intensiteit. Het programma werkt op basis van de CKB-systematiek, waarmee een uniforme toetsing gegarandeerd is. In deze BRIS-toets is ook de mogelijkheid voorzien om oplossingen op basis van gelijkwaardigheid vast te leggen. Er is – als ik het goed zie – niet voorzien in een materieel toetsingskader voor de beoordeling van gelijkwaardige oplossingen.

³⁰ CKB = Collectieve Kwaliteitsnormering Bouwvergunningen

³¹ TK 2004/05, 28 325, nr. 17, p. 17

³² BRIS = BouwRegelgeving InformatieSystemen

4.4 De functie van normen in het kader van gelijkwaardigheid

In het Bouwbesluit 2003 wordt verwezen naar NEN-normen. Deze normen komen in de systematiek van het Bouwbesluit op een aantal manieren voor. Soms komen deze voor in de omschrijving van de functionele eis zoals bijvoorbeeld in artikel 2.1 lid 1:

Een te bouwen bouwwerk heeft een bouwconstructie die gedurende de in NEN 6700 bedoelde referentieperiode voldoende bestand is tegen de daarop werkende krachten.

Blijkens de toelichting bij het Bouwbesluit 2003 is deze verwijzing vooral van belang bij een beroep op de gelijkwaardigheidsbepaling als bedoeld in artikel 1.5, bijvoorbeeld bij innovatieve bouwconstructies uit materialen als kunststof of glas, waarin de door het Bouwbesluit 2003 aangestuurde materiaalgebonden constructienormen niet voorzien.³³

Ook komt een verwijzing naar een bepalingsmethode volgens een NEN-norm voor, zie bijvoorbeeld artikel 2.84 lid 1:

Een voorziening voor de afvoer van rook is, bepaald volgens NEN 6062, brandveilig.

De norm hier wordt voorgeschreven in de functionele eis. Indien er een andere oplossing zou worden voorgesteld waarvoor de desbetreffende bepalingsmethode niet geschikt is, moet er dus via een andere bepalingsmethode worden aangetoond dat wel aan de doelstelling en het niveau van de prestatie-eis wordt voldaan. Volgens In 't Hout & Smid³⁴ is de grondslag daarvoor gelegen in het toentertijd van toepassing zijnde Besluit indieningsvereisten aanvraag bouwvergunning³⁵ dat stelde dat de aanvrager slechts die gegevens hoeft aan te leveren die naar het oordeel van burgemeester en wethouders nodig zijn om aannemelijk te maken dat aan de betreffende eis wordt voldaan. Het is in de bouwvergunningprocedure dan ook niet altijd nodig om gegevens en bescheiden aan te leveren die betrekking hebben op de toepassing van de in het Bouwbesluit 2003 aangewezen bepalingsmethode zoals een NEN-norm.³⁶

De prestatie-eisen geven de zekerheid dat aan de gestelde functionele eis is voldaan indien in het bouwplan is gekozen voor ontwerp oplossingen die aan de prestatie-eis voldoen.³⁷ Dit houdt derhalve ook in dat het bewijs dat de oplossing – in voorkomende gevallen – voldoet aan de gestelde prestatie-eis is geleverd door gebruik te maken van een bepalingsmethode uit een NEN-norm.

³³ De Jong & Pothuis 2003, p. 318

³⁴ In 't Hout & Smid 2004, p. 932

³⁵ *Stb.* 2002, 409

³⁶ In 't Hout & Smid 2004, p. 933

³⁷ In 't Hout & Smid 2004, p. 933

Interessant in het verband van de functie van NEN-normen in het Bouwbesluit, is de uitspraak in ABRvS 7 juli 2010, nr. 200906294/1/H1. Aan de orde was of een aanvrager ter voldoening aan het gestelde in artikel 5.11 lid 1 jº artikel 5.12 jº artikel 5.13 lid 1 Bouwbesluit een beroep mocht doen op het opwekkingsrendement van een stadsverwarmingnet. Artikel 5.13 lid 1 bepaalt in dat verband:

Een energieprestatiecoëfficiënt als bedoeld in artikel 5.12 wordt bepaald volgens NEN 5128 (...).

De Afdeling overwoog:

Om te voldoen aan het Bouwbesluit 2003 dient een bouwwerk kwaliteiten te bezitten die niet onder het voorgeschreven niveau komen. Aangezien de eigenaar of gebruiker van een bouwwerk geen invloed heeft op eigenschappen van elementen die geen onderdeel zijn van het bouwwerk, heeft hij het ook niet in zijn macht om die elementen te beïnvloeden. Het collectieve systeem van stadsverwarming is zo'n element waarop de eigenaar of gebruiker van een bouwwerk geen invloed heeft. Gelet hierop is in NEN-norm 5128:2004 een forfaitair opwekkingsrendementsgetal van 1,1 voor externe warmtelevering, zoals stadsverwarming, opgenomen voor de berekening van de energieprestatiecoëfficiënt.

Nu het stadsverwarmingnet in de door Portaal verzochte gelijkwaardigheidverklaring wel is meegenomen bij het bepalen van het equivalent opwekkingsrendement en daardoor andere onderdelen van een woongebouw minder energiezuinig zouden kunnen worden uitgevoerd om te voldoen aan een epc van 0,8, heeft de rechtbank met juistheid overwogen dat het college, gelet op het naar het oordeel van de Afdeling niet onredelijke beleid inzake duurzaam bouwen, heeft kunnen vasthouden aan een waarde van 1,1 voor stadsverwarming, zijnde de waarde die ten tijde van het besluit op bezwaar als forfaitaire waarde in de in de NEN-norm 5128:2004 opgenomen berekeningsmethode is opgenomen, en derhalve heeft kunnen besluiten om niet akkoord te gaan met de door Portaal verzochte gelijkwaardigheidverklaring voor stadsverwarming. Dat de ontwikkel- en realisatiekosten van de woningen in het project Blokhoeve daarmee zouden stijgen, leidt niet tot een ander oordeel.

We zien hier dat wordt aangenomen dat het desbetreffende onderdeel van de norm een dwingend karakter heeft gezien het feit dat het een element betreft welk buiten de macht van de vergunningaanvrager voor een bouwwerk ligt.

Waar het Bouwbesluit NEN-normen veelal aanwijst voor wat betreft de bepalingsmethoden, worden in het Gebruiksbesluit en de Regeling Bouwbesluit 2003 NEN-normen aangewezen als materieel voorschrift. Zie bijvoorbeeld artikel 2.3.6 lid 1 Gebruiksbesluit:

Een gebruiksfunctie met een brandmeldinstallatie als bedoeld in artikel 2.2.1, eerste lid, heeft een ontruimingsalarminstallatie die voldoet aan NEN 2575: 2004 en aan een door het bevoegd gezag goedgekeurd programma van eisen als bedoeld in deze norm.

Zo ook artikel 1.3 lid 1 Regeling Bouwbesluit 2003:

Een voorziening voor elektriciteit of noodstroom als bedoeld in artikel 2.49 van het besluit voldoet voor lage spanning aan NEN 1010 (...).

Naar aanleiding van diverse uitspraken³⁸ inzake de status van NEN-normen, heeft het kabinet een reactie opgesteld ten aanzien van normen en normalisatie.³⁹ In de reactie stelt het kabinet dat het beleid van de overheid erop is gericht op een niet-dwingende wijze te verwijzen naar normen. Dit zou kunnen op basis van een bewijsvermoeden inhoudende dat, indien een normadressaat de norm volgt, dit een bewijsvermoeden oplevert dat de normadressaat aan de eisen van wet- en regelgeving voldoet. De verwijzing op basis van bewijsvermoeden laat belanghebbenden de ruimte om te kiezen voor andere oplossingen dan het volgen van een norm, mits de alternatieve methode tot hetzelfde, wettelijk beoogde resultaat leidt.⁴⁰ In zoverre komt dit materieel overeen met hetgeen de gelijkwaardigheidsbepaling in het Bouwbesluit beoogd. De essentiële eisen waaraan moet worden voldaan dienen, aldus het kabinet, in de wet te staan en niet te zijn opgenomen in een norm. Daartoe zijn recent ook de Aanwijzingen voor de Regelgeving aangepast.⁴¹ Artikel 91a bepaalt:

Verwijzing in een regeling naar toe te passen normalisatienormen geschiedt in beginsel op een niet-dwingende wijze.

Als voorbeeld wordt daarbij gegeven artikel 4, eerste lid, van de Wet pleziervaartuigen:

Pleziervaartuigen, onderdelen van pleziervaartuigen, en voortstuwingsmotoren die overeenstemmen met de door Onze Minister aangewezen normen, die overeenkomen met de geharmoniseerde normen, bedoeld in artikel 5 van de richtlijn, **worden vermoed** te voldoen aan artikel 3, tweede lid.

Soms kiest de wetgever ervoor om dwingend naar een norm te verwijzen. Dit houdt in dat om aan de wetgeving te voldoen ook aan de norm moet worden voldaan. Een reden om af te wijken is bijvoorbeeld omdat het wenselijk is dat er één bepaalde meetmethode wordt gebruikt die is vastgelegd in een norm.⁴²

In het kader van de gelijkwaardigheidsbepaling is het derhalve van belang dat kenbaar is welke status de verwezen NEN-normen in dit verband hebben. In dit verband lijkt het er

³⁸ Rb. Den Haag 31 december 2008, LJN: BG8465, Rb. Den Bosch 5 februari 2010, LJN: BL3858, Hof Den Haag 16 november 2010, LJN: BO4175, ABRvS 2 februari 2011, LJN: BP2750

³⁹ TK 2010/11, 27 406, nr. 193

⁴⁰ TK 2010/11, 27 406, nr. 193, p. 4

⁴¹ *Stc.* 2011, nr. 6743

⁴² Dit standpunt wordt gedeeld in de in noot 38 vermelde uitspraken van het Hof Den Haag en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State.

overigens op dat de NEN-normen die in de Regeling Bouwbesluit 2003 zijn aangewezen, een dwingendrechtelijke status hebben.

4.5 Beoordeling van gelijkwaardigheid

Bij de beoordeling van de gelijkwaardigheid van voorgestelde oplossingen, komt het bevoegd gezag beoordelingsvrijheid toe. Het verlenen van een bevoegdheid met beoordelingsvrijheid heeft zowel voor het bestuursorgaan als voor de toetsende rechter juridische implicaties.

Toekenning van beoordelingsvrijheid aan het bestuursorgaan impliceert een zekere 'vrijheid' voor dat orgaan, maar brengt ook extra gebondenheid: op grond van de eis van stelselmatig bestuur en het rechtszekerheidsbeginsel mag dan immers in het bijzonder van het bestuursorgaan worden verlangd dat het zijn beoordelingsnormen vastlegt in een beleidsregel.⁴³

Reeds de nota van toelichting⁴⁴ merkt daarover op:

Indien de aanvrager, in plaats van het volgen van de prestatie-eisen, kiest voor het toepassen van de gelijkwaardigheidsbepaling, zal hij zich rekenschap moeten geven van de omstandigheid dat het, alvorens de aanvraag in te dienen, raadzaam is ter zake overleg te voeren met het gemeentelijk bouwtoezicht, een en ander om vooraf (*onderstreping JvK*) te weten op welke wijze kan, dan wel moet worden aangetoond dat de voorgenomen oplossing voldoet aan doelstelling en niveau van de betreffende prestatie-eis.

Scholten is de mening toegedaan dat de burger vooraf dient te kunnen weten welke prestatie hij moet leveren. Voorschriften die in functionele termen zijn gesteld kunnen immers per gemeente geheel verschillend worden toegepast en dientengevolge bij eenzelfde aanvraag tot geheel verschillende resultaten leiden, waarbij de verschillen doorgaans niet zijn toe te schrijven aan de plaatselijke omstandigheden.^{45, 46} Het vastleggen van het toetsingskader in een beleidsregel als hierboven vermeld (waarmee aan een algemeen bestuursrechtelijk uitgangspunt wordt tegemoet gekomen) leidt er derhalve toe dat burgers vooraf kennis kunnen nemen van de eisen die ten aanzien van gelijkwaardige oplossingen worden gesteld,

Enquête

Aan de 30 grootste gemeenten alsmede de deelgemeenten in Amsterdam en Rotterdam zijn op 3 september 2011 vragen voorgelegd met betrekking tot de beoordeling van gelijkwaardigheid in het kader van vergunningsaanvragen met als grondslag het Bouwbesluit

⁴³ Damen e.a. 2005, p. 349

⁴⁴ TK 1987/88, 20 066, nr. 6, p. 36

⁴⁵ Scholten 2001, p. 222

⁴⁶ Dit sluit ook aan bij de constatering uit de eerder genoemde evaluatienota.

dan wel het Gebruiksbesluit (zie bijlage 1). De respons bedroeg op 30 september 2011 23%.⁴⁷ Uit de antwoorden komt het volgende beeld naar voren.

Er wordt door gemeenten geen registratie bijgehouden van vergunningaanvragen waarbij een beroep op de gelijkwaardigheidsbepaling wordt gedaan. In het algemeen bestaat de indruk dat dit regelmatig voorkomt in de utiliteitsbouw. Bij kleinere projecten komt dit niet of nauwelijks voor. Dergelijke voorstellen worden enerzijds vrij laagdrempelig afgehandeld, meer in de uitvoeringssfeer dan in de vergunningensfeer. Belangrijke voorstellen tot toepassing van gelijkwaardigheid komen vrijwel alleen voor op het gebied van de veiligheid van bouwwerken (constructieve veiligheid, brandveiligheid) in welke gevallen het veelal grote professionele opdrachtgevers zijn die op de gelijkwaardigheidsbepaling een beroep doen.

Bij de beoordeling van aanvragen waarbij een beroep op gelijkwaardigheid aan de orde is, wordt wel gebruik gemaakt van het rapport 'Gelijkwaardige oplossingen' (zie hierna, paragraaf 4.6) of van de leidraad 'Beheersbaarheid van brand 2007' (zie hieronder). De beoordeling vindt plaats binnen de gemeentelijke dienst waarbij in voorkomende gevallen gebruik wordt gemaakt van externe specialistische kennis met name op het gebied van brandveiligheid. De inschakeling van een dergelijk extern adviseur is niet gebaseerd op een formeelwettelijke verplichting – anders dan dat artikel 3:2 Algemene wet bestuursrecht stelt dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen vergaart – maar komt in deze gevallen voort uit de noodzaak op grond van het deskundigheidsargument als het bestuursorgaan niet zelf over de vereiste deskundigheid beschikt.⁴⁸

Er bestaat bij gemeenten geen beleidskader waarin is aangegeven hoe met voorstellen tot toepassing van gelijkwaardige oplossingen wordt omgegaan. Twee van de respondenten gaven aan de eerdergenoemde en andere publicaties als een beleidskader te beschouwen.

Bij gemeenten loopt de kennis of oplossingen die in de ene gemeente al dan niet gelijkwaardig worden beschouwd, elders anders worden beoordeeld, uiteen. Sommigen geven aan dat dit wel voorkomt, bij anderen is daaromtrent niets bekend. Ook komt het nogal eens voor dat vergunningaanvragers de stelling betrekken dat een oplossing die zij voor ogen hebben elders zou zijn goedgekeurd waarbij dan blijkt dat er in dat geval andere omstandigheden spelen dan in het onderhavige geval bij de desbetreffende gemeente. Van een geheel vergelijkbare situatie is dan geen sprake zodat ook niet beweerd kan worden dat over eenzelfde situatie anders geoordeeld zou worden.

Einde bevindingen enquête

⁴⁷ Inhoudelijke schriftelijke respons van 6 (deel)gemeenten; met één gemeenteambtenaar op diens verzoek een gesprek over het onderwerp gevoerd.

⁴⁸ De Graaf & Marseille 2011, p. 25

Voor de beoordeling van gelijkwaardigheid (in het kader van brandveiligheid) bij bestaande bouw bestaat feitelijk nauwelijks enig kader. Bij gebrek aan beter wordt hiervoor ook wel de leidraad 'Beheersbaarheid van Brand 2007'⁴⁹ toegepast, maar deze geeft zelf al aan dat deze eigenlijk niet bestemd is voor gebruik bij bestaande bouw. Naar verluidt wordt momenteel getracht in NEN-kader tot een systematiek te komen (...) die breed gedragen kan worden door deskundigen en belanghebbenden.⁵⁰

Als hulpmiddel voor de beoordeling van voorstellen tot het toepassen van gelijkwaardige oplossingen zijn wel publicaties verschenen (zie hierna, paragraaf 4.6). In het kader daarvan bestond ook enige tijd, met financiële steun van het toenmalige ministerie van VROM – een commissie gelijkwaardigheid onder verantwoordelijkheid van de VNG en de Vereniging Stadswerk.⁵¹ Blijkens de lijst van vragen en antwoorden⁵² kan een aanvrager in een voorkomend geval een geschil met het bevoegd gezag over de gelijkwaardigheid van een technische oplossing voor gratis advies voorleggen aan de Adviescommissie Praktijktoeepassing Brandveiligheidsvoorschriften, waarvan de taakopdracht bij de inwerkingtreding van het Bouwbesluit 2012 tot alle technische voorschriften van het Bouwbesluit wordt verbreed. Deze commissie is ingesteld bij besluit⁵³ van 8 september 2009 en heeft uitsluitend een adviserende rol. Een advies van de commissie laat de bevoegdheid van het bevoegd gezag om op een aanvraag te beslissen onverlet.

Uit een onderzoek⁵⁴ van het Nederlands Instituut Fysieke Veiligheid *Nibra* komt naar voren dat het kennis- en vaardighedeniveau van de aan het onderzoek deelnemende bouwplantoetsers laag is (*het gaat hier met name om het aspect van brandveiligheid; JvK*) hetgeen vooral tot uiting komt bij het daadwerkelijk toepassen en beoordelen van concrete situaties, in welke gevallen brandveiligheids simulaties, veelal opgesteld door gespecialiseerde adviesbureaus, werden ingediend door vergunningaanvragers.

Een geval waarin een gemeente overigens wel een beleidskader had opgesteld, kwam aan de orde in ABRvS 27 april 2011, nr. 201008593/1/H1 waarin de Afdeling stelde dat het college niet gebonden is aan de leidraad 'Beheersbaarheid van Brand 2007' maar ook op andere wijzen kan vaststellen dat sprake is van een niveau van brandveiligheid dat gelijkwaardig is aan hetgeen in het Bouwbesluit is voorgeschreven. De Afdeling overwoog voorts:

Het college hanteert met betrekking tot dierenverblijven zoals die waarin het bouwplan voorziet ter zake van de vraag of sprake is van een niveau van brandveiligheid dat gelijkwaardig is aan

⁴⁹ Opgesteld door de ingenieursbureaus Oranjewoud SAVE, EFPC en V2BO Advies in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, april 2007, te downloaden via www.brandpreventieforum.nl

⁵⁰ Alders 2010, p. 722

⁵¹ TK 2001/02, 28 325, nr. 1, p. 28

⁵² TK 2010/11, 32 757, nr. 2, p. 8

⁵³ *Stc.* 2009, 13768

⁵⁴ Kennis van het niveau van de kennis, 1 november 2008

hetgeen het Bouwbesluit voorschrijft, de interne richtlijn "Beleid brandcompartimentering dierenverblijven" (hierna: de gemeentelijke richtlijn). Het college heeft zich bij zijn besluitvorming gebaseerd op het rapport van Bartels Ingenieursbureau B.V. (hierna: Bartels) van 16 april 2009, waarin is geconcludeerd dat het bouwplan voldoet aan de criteria neergelegd in de gemeentelijke richtlijn, en heeft zich op het standpunt gesteld dat het bouwplan voorziet in een niveau van brandveiligheid dat gelijkwaardig is aan hetgeen het Bouwbesluit voorschrijft.

Niet in geschil is dat het bouwplan voldoet aan hetgeen in de gemeentelijke richtlijn is neergelegd. De rechtbank heeft de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening (hierna: de StAB) benoemd als deskundige voor het instellen van een onderzoek.

De StAB is in haar onderzoeksverslag van 11 maart 2010 tot de conclusie gekomen dat de toepassing van de gemeentelijke richtlijn leidt tot een tenminste gelijkwaardig niveau van brandveiligheid ten opzichte van hetgeen in het Bouwbesluit is neergelegd.

4.6 Gelijkwaardige oplossingen

In de lijn met het voornoemde MDW-onderzoek worden er ook nu nog bestanden van gelijkwaardige oplossingen bijgehouden.⁵⁵ Uit het onderzoek bij gemeenten is echter gebleken dat van dergelijke publicaties nauwelijks gebruik wordt gemaakt omdat deze te casuïstisch zijn.

Ook is er in opdracht van het voormalige ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer [VROM] door TNO een rapport opgesteld waarin de historische achtergronden van de huidige voorschriften worden beschreven⁵⁶. Dat rapport zou, blijkens de inleiding, kunnen worden gebruikt bij het beoordelen van gelijkwaardigheid. Met name zou dat van pas kunnen komen bij de beoordeling van oplossingen die volgens een andere dan in de functionele eis omschreven bepalingmethode worden voorgesteld.

4.7 Gelijkwaardigheidverklaringen

Het Kennisinstituut voor de installatiesector ISSO, een privaatrechtelijke instelling, houdt een databank bij waarin gecontroleerde⁵⁷ gelijkwaardigheidverklaringen zijn opgenomen. Daarvoor is door ISSO en NEN een beoordelingssystematiek⁵⁸ ontwikkeld waarin aan een

⁵⁵ Zie bijvoorbeeld de publicatie 'Gelijkwaardige oplossingen' uitgegeven door de Vereniging Stadswerk.

⁵⁶ TNO-rapport 2007-D-R0929/B getiteld 'Historische achtergronden gestelde eisen in het Bouwbesluit 2003 en de Regeling Bouwbesluit 2003' d.d. 17 september 2007

⁵⁷ 'Gecontroleerd' houdt in dit verband in dat er regelmatig productcontroles worden uitgevoerd. De aldus opgestelde gelijkwaardigheidverklaring heeft een geldigheidsduur die samenhangt met deze periodieke controles.

⁵⁸ Zie:

http://www.isso.nl/fileadmin/user_upload/Informatie_EPA/procedure_gecontroleerde_kwaliteitsverklaringen_en_gecontroleerde_gelijkwaardigheidsverklaringen_def.pdf

onafhankelijk college een rol is toebedeeld in de beoordeling. In de databank zijn een achttal gelijkwaardigheidverklaringen van installatietechnische producten opgenomen.

Gelijkwaardigheidverklaringen voor bouwkundige producten worden op aanvraag, veelal van producenten, verstrekt door de eveneens privaatrechtelijke instelling Expertisecentrum Regelgeving Bouw, opgericht in 2005 met als doel het kenniscentrum te worden voor alle vragen die te maken hebben met bouwtechnische regelgeving. Het expertisecentrum maakt voor de beoordeling van gelijkwaardigheid gebruik van niet in dienst van de stichting zijnde experts waarbij een college van arbiters fungeert voor de beslechting van uiteenlopende meningen omtrent een expertvraag.

Evenals bij de adviezen van de Adviescommissie Praktijktoeepassing Brandveiligheidsvoorschriften geldt dat gelijkwaardigheidverklaringen van deze instanties voor het bevoegd gezag niet bindend zijn.

4.8 Analyse van jurisprudentie

Gelijkwaardigheid kan worden aangetoond door a) het overleggen van een erkende kwaliteitsverklaring⁵⁹ of door b) het bevoegd gezag te overtuigen van de gelijkwaardigheid van de voorgestelde oplossing. In het laatste geval staat het de aanvrager vrij te kiezen op welke manier hij dit wil aantonen. Dit kan bijvoorbeeld door het laten verrichten van op de specifieke situatie toegesneden onderzoek, door het overleggen van publicaties die op de betreffende situatie van toepassing zijn of door een beroep te doen op informatie of oordelen van eerder vermelde instanties. Het oordeel over de gelijkwaardigheid berust bij het bevoegd gezag en de meningen omtrent de gelijkwaardigheid van voorgestelde oplossingen kunnen dan ook uiteenlopen. Wanneer dit het geval is en het bevoegd gezag de aanvraag om de toepassing van een gelijkwaardige oplossing afwijst en op grond daarvan de vergunning zou weigeren, staat de aanvrager de weg naar de bestuursrechter open. Vragen omtrent gelijkwaardigheid die aan de bestuursrechter worden voorgelegd, spelen zich veelal af op het terrein van de brandveiligheid. Daarbij wordt door partijen en door de bestuursrechter over het algemeen een beroep gedaan op deskundigenoordelen. Zie bijvoorbeeld ABRvS 4 augustus 2010, nr. 200909055/1/H1, r.o. 2.5.1:

De rechtbank heeft terecht niet aannemelijk gemaakt geacht dat de gekozen oplossing met brandwerende zakken en brandwerend PUR-schuim in de doorvoeren leidt tot een weerstand tegen branddoorslag en brandoverslag van de scheidingen tussen de stookruimte en de rest van het gebouw van tenminste 20 minuten, zodat hier geen sprake is van een uit een oogpunt van brandveiligheid aan de voorschriften in het Bouwbesluit ten minste gelijkwaardige oplossing. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat uit de reactie van Efectis Nederland (hierna: Efectis) op het memorandum van 18 december 2008 van dr. ir. N.P.M. Scholten (hierna: Scholten) volgt

⁵⁹ Op deze mogelijkheid ga ik het kader van deze scriptie niet verder in.

dat sprake is van een onvoldoende brandwerende uitvoering van de doorvoeren die in een vroeg stadium van de brand kan leiden tot rookverspreiding naar naastgelegen ruimten, gezien de afmetingen van de kieren en dichtgepurde delen en gezien de overdruk die bij een brand te verwachten is in combinatie met rookproductie. Ook ingenieursbureau DGMR Bouw B.V. is die mening toegedaan. Dat toepassing van brandwerende zakken en brandwerend PUR-schuim niet leidt tot voldoende brandwerende doorvoeren vindt voorts bevestiging in de in hoger beroep door het college overgelegde notitie second opinion van ingenieursbureau Adviesburo Nieman B.V. van 11 december 2009. De rechtbank heeft tevens terecht overwogen dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat door het aanbrengen van de blusbom in de stookruimte ten minste dezelfde mate van veiligheid wordt bereikt als met de voorschriften in het Bouwbesluit is beoogd. De verwijzing naar algemene productinformatie op internet is daartoe niet voldoende. Voorts wordt in aanmerking genomen dat niet in geschil is dat een blusbom in de stookruimte geen effect heeft op een vuurhaard buiten de stookruimte, terwijl de in artikel 2.113, tweede lid, van het Bouwbesluit opgenomen prestatie-eis in beide richtingen van toepassing is. Dat, naar gesteld, aan de bouwvergunning een afbrandscenario ten grondslag ligt, doet daar niet aan af.

In het vervolg voeren appellanten overigens nog aan dat de gemeente, gezien de inschakeling van zulke derde-deskundigen, deze eveneens had dienen in te schakelen. De Afdeling overweegt daartoe:

Geen grond bestaat voor het oordeel dat de besluiten van het college onzorgvuldig zijn genomen, omdat deze zonder externe deskundigen te raadplegen tot stand zijn gekomen. Door City Lido en anderen is niet weersproken dat de gemeente zelf over medewerkers beschikt die gespecialiseerd zijn in brandveiligheid. In het besluit van 30 januari 2009 is het college inhoudelijk ingegaan op het door Scholten namens City Lido en anderen ingediende memorandum. Gelet op de intern beschikbare deskundigheid behoeft het college daartoe geen externe deskundige in te schakelen.

In deze uitspraak is voorts een interessant criterium te vinden met betrekking tot de beoordeling van gelijkwaardigheid. Naast het hiervoor vermelde ging het in deze casus ook om de vraag of een protocol waarmee zou worden geborgd dat nooddeuren ten tijde van het gebruik van een ruimte geopend zouden zijn, als gelijkwaardig kan worden beschouwd aan artikel 2.161, eerste lid Gebruiksbesluit dat stelt dat een nooddeur ten allen tijde zonder sleutel geopend moet kunnen worden. De Afdeling overweegt dat een dergelijk protocol niet aangemerkt kan worden als een oplossing die dezelfde mate van veiligheid biedt als met artikel 2.161, eerste lid Gebruiksbesluit is beoogd.

Dat organisatorische maatregelen niet altijd als een gelijkwaardige oplossing kunnen dienen, blijkt ook uit ABRvS 4 december 2002, nr. 200201495/1 waarin werd geoordeeld dat in het specifieke geval alleen een structurele bouwkundige constructie als gelijkwaardige oplossing voor het aanbrengen van zelfsluitende deuren kan dienen. De bedrijfshulpverlening en

permanente bewaking door twee verpleegkundigen – het geval deed zich voor in een ziekenhuis – zijn dat niet, naar het oordeel van de Afdeling.⁶⁰

Ten aanzien van de inschakeling van derde-deskundigen doet zich ook wel eens de vraag voor, voor wiens rekening diens kosten moeten komen. Deze vraag kwam aan de orde in ABRvS 4 maart 2009, nr. 200803411/1, TBR 2009/72 (m.nt. J. in 't Hout). De Afdeling overwoog:

De rechtbank heeft het terecht aan de H. Augustinus, als aanvrager van de gebruiksvergunning, geacht om aannemelijk te maken dat het gebouw, hoewel het niet aan de normale brandveiligheidseisen van het Besluit voldoet, toch een gelijkwaardige mate van veiligheid biedt, als is beoogd met die in afdeling 2.17 van het Besluit gegeven voorschriften. De door het college bij de voorbereiding van het te nemen besluit te betrachten zorgvuldigheid strekte niet zover, dat het dit zelf diende te onderzoeken. Nu H. Augustinus eerst met het in beroep overgelegde rapport aannemelijk heeft gemaakt dat aan het bepaalde in artikel 1.5 van het Besluit wordt voldaan, heeft de rechtbank de kosten van het laten opstellen van het rapport terecht voor haar rekening gelaten.

Annotator is van mening dat het oordeel van de Afdeling in beginsel juist is zij het dat wellicht uitzondering aan de orde zou kunnen zijn wanneer degene die zich op gelijkwaardigheid beroept, door de opstelling van burgemeester en wethouders gedwongen zou kunnen worden tot het maken van nodeloze of nodeloos hoge kosten bij het aannemelijk maken van de gelijkwaardigheid. Zulks zou het geval kunnen zijn wanneer burgemeester en wethouders voor de onderbouwing door aanvrager van de gelijkwaardigheid niet zouden instemmen met een gerichte verwijzing naar reeds bestaande vakliteratuur of deskundigenrapporten met een degelijke status over de gelijkwaardigheid van de oplossing in vergelijkbare gevallen (*uiteraard speelt daar de mate van vergelijkbaarheid daarbij een grote rol; JvK*).

Interessant is ook de uitspraak van de Raad van State van 28 januari 2004, nr. 200305006/1 waarin het ging over het toentertijd geldende Besluit opslag- en transportbedrijven milieubeheer⁶¹ en waarin de volgende bepalingen aan de orde waren.

Artikel 4

2. Indien een voorschrift dat is opgenomen in de bijlage, hoofdstukken 1 tot en met 3, inhoudt dat daarbij aangegeven middelen ter bescherming van het milieu moeten worden toegepast, meldt degene die de inrichting drijft en die voornemens is andere middelen toe te passen, dit voornemen ten minste vier weken voordat hij die andere middelen wil toepassen aan het bevoegd gezag, onder

⁶⁰ In ABRvS 25 juli 2007, nr. 200607506/1 oordeelde de Afdeling overigens dat het de gemeente in dat geval niet vrijstond door middel van een last onder dwangsom te verplichten tot het aanstellen van brandwachten nu de gemeentelijke bouwverordening (het geval dateert van vóór de inwerkingtreding van het Gebruiksbesluit) daartoe geen grond gaf.

⁶¹ *Stb.* 2000, 278

overlegging van de in [artikel 6, twaalfde lid](#), bedoelde gegevens. Het bevoegd gezag beslist over de juistheid van een gekozen middel.

Artikel 6

12. Bij de melding overeenkomstig [artikel 4, tweede lid](#), worden aan het bevoegd gezag gegevens verstrekt waaruit blijkt dat met de volgens die melding toe te passen andere middelen een ten minste gelijkwaardige bescherming voor het milieu wordt bereikt.

Appellant betoogde dat uit de samenhang van deze bepalingen volgde dat het bevoegd gezag moest aangeven hoe hij kon voldoen aan door verweerder gestelde nadere eisen. De Afdeling overweegt (r.o. 2.3.3):

Het staat appellante vrij de methoden te kiezen waarmee zij aan de gestelde nadere eis wil voldoen. De Afdeling deelt niet de opvatting van appellante dat artikel 4, tweede lid, van het Besluit zou zijn geschonden. Dit artikel bepaalt dat de drijver van de inrichting die voornemens is ter naleving van een voorschrift dat is opgenomen in de bijlage bij het Besluit, hoofdstukken 1 tot en met 3, andere middelen ter bescherming van het milieu toe te passen dan de middelen die daarbij zijn aangegeven, dit voornemen meldt aan het bevoegd gezag. Uit het artikel vloeit geen verplichting voor het bevoegd gezag voort met betrekking tot de onderhavige nadere eis waarin grenswaarden zijn neergelegd voor het (...) geluidniveau.

Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat het niet aan het bevoegd gezag is om aan te geven hoe een beroep op een gelijkwaardigheidsbepaling in concreto moet worden ingevuld.

Desalniettemin blijft mijns inziens overeind dat het bevoegd gezag wel beleidsregels dient op te stellen omtrent hoe de beoordeling plaats vindt.

Uit deze uitspraak blijkt ook dat wanneer de aanvrager niet aan de juiste formaliteiten heeft voldaan, hij aan de eisen uit de regelgeving dient te voldoen:

De Afdeling stelt vast dat in voornoemd voorstel van appellante niet is verwezen naar artikel 4, tweede lid, van het Besluit en dat daarbij door haar niet de in artikel 6, twaalfde lid, van het Besluit bedoelde gegevens zijn verstrekt. Gelet hierop en gelet op de inhoud en strekking van het voorstel kan dit naar het oordeel van de Afdeling niet worden aangemerkt als een melding in de zin van artikel 4, tweede lid, van het Besluit. Bij gebreke van een besluit van verweerder krachtens dit artikellid moet naar het oordeel van de Afdeling worden geconcludeerd dat appellante gehouden was om de opslag van gevaarlijke stoffen in haar inrichting in overeenstemming te brengen met de vereisten in de richtlijn CPR 15-1.

Een tweetal met elkaar samenhangende uitspraken die nogal wat stof hebben doen opwaaien, deden zich voor in ABRvS 25 juli 2007, nr. 200607504/1, *BR* 2007/226 (m.nt. J. in 't Hout) en ABRvS 25 juli 2007, nr. 200607506/1 (zie hierboven, noot 59). In deze zaak speelde de vraag of de door appellante voorgestane brandveiligheidsvoorziening (een

brandmeldinstallatie in plaats van een veiligheidstrappenhuis met overdrukinstallatie) gelijkwaardig was te achten aan het desbetreffende voorschrift uit het Bouwbesluit. Interessant is met name dat appellante zich beriep op een drietal deskundigenoordelen terwijl de gemeente zich voor haar afwijzend oordeel beriep op een vierde deskundige. Daarnaast bracht appellante naar voren dat de door haar voorgestane oplossing in eerdere gevallen, zij het in andere gemeenten, zou zijn geaccepteerd.

Voorop staat dat het aan burgemeester en wethouders is om vast te stellen of de gestelde gelijkwaardigheid voldoende **aannemelijk** is gemaakt. Wanneer over het oordeel van burgemeester en wethouders een geschil ontstaat, zal de rechter zich daarover een oordeel moeten vormen. Aangezien het hier gaat om een discretionaire bevoegdheid, zal de rechter het standpunt van burgemeester en wethouders slechts marginaal mogen toetsen en zich terughoudend dienen op te stellen. In 't Hout stelt in zijn annotatie bij de uitspraak dat zich daarmee de twee grootste problemen ten aanzien van het gelijkwaardigheidsbeginsel manifesteren: a) de cruciale rol van burgemeester en wethouders en b) het feit dat over een oplossing die in de ene gemeente als gelijkwaardig wordt beoordeeld, in een andere gemeente anders geoordeeld kan worden. Hij pleit daarbij om een landelijke voorziening in het leven te roepen waarin onafhankelijke technische deskundigheid bij elkaar wordt gebracht die zich een inhoudelijk oordeel over de gelijkwaardigheid vormt. Of daarmee aan het risico van inhoudelijk uiteenlopende oordelen tegemoet kan worden gekomen is, mede gelet op de onderhavige casus waarin dit ten volle speelde, mijns inziens nog maar de vraag. De instelling van de hierboven gememoreerde Adviescommissie Praktijktoeepassing Brandveiligheidsvoorschriften lijkt echter die kant op te gaan. Een dergelijke commissie is echter niet met enig formeel gezag uitgerust, dat blijft vooralsnog bij burgemeester en wethouders berusten.

5. Gelijkwaardigheid in het privaatrechtelijk bouwrecht

5.1 Aanbestedingsrecht

5.1.1. Inleiding

Het aanbestedingsrecht zou men kunnen omschrijven als het geheel van rechtsregels dat het gedrag van overheidsopdrachtgevers rond de uitgifte van opdrachten voor het uitvoeren van werken, het leveren van producten en het verrichten van diensten normeert.⁶² Het aanbestedingsrecht is in de bouwsector van groot belang omdat aanbestedingsplichtige diensten immers een aanzienlijke hoeveelheid aan opdrachten uitgeven (om in de terminologie van Pijnacker Hordijk te blijven⁶³) die betrekking hebben op de realisatie van bouwprojecten. Denk aan de grotere infrastructurele werken als de Noord-Zuidlijn in Amsterdam en de hoge snelheidslijn en aan grote utiliteitsbouwwerken als de nieuwbouw van de ministeries van Veiligheid en Justitie c.q. Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties of gemeentelijke of provinciale stadhuizen. Maar ook op kleinere opdrachten zijn de aanbestedingsregels of tenminste de aanbestedingsbeginselen als het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel van toepassing.

Wanneer we het aanbestedingsrecht scharen onder het privaatrecht, dan geldt dat voor het privaatrechtelijk handelen van overheden, op dit handelen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur doorwerken. Tot deze algemene beginselen worden onder andere gerekend⁶⁴ het beginsel van draagkrachtige motivering, het gelijkheidsbeginsel (dat in het aanbestedingsrecht al zelfstandig geldt) en het beginsel van kenbare motivering.

5.1.2 Doel van gelijkwaardigheid

Beginselen

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG) is het beginsel van gelijke behandeling van gegadigden en inschrijvers hét basisbeginsel bij uitstek.⁶⁵ Dit gelijkheidsbeginsel is naar zijn aard een tweesnijdend zwaard: enerzijds verzet het zich tegen benadeling van (categorieën) inschrijvers, maar anderzijds verzet het zich er evenzeer tegen dat inschrijvers op welke wijze dan ook een voorkeursbehandeling krijgen.⁶⁶

⁶² Pijnacker Hordijk e.a. 2009, p. 1

⁶³ Pijnacker Hordijk e.a. 2009, p. 1

⁶⁴ Damen e.a (red.) 2005, p. 338

⁶⁵ Pijnacker Hordijk e.a. 2009, p. 29

⁶⁶ Pijnacker Hordijk e.a. 2009, p. 27

Naast het gelijkheidsbeginsel speelt het concurrentiebeginsel een rol. Dit beginsel komt onder meer tot uiting in diverse bepalingen van de *Richtlijn 2004/18/EG van het Europees parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004* betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Die bepalingen beogen te waarborgen dat in alle gevallen een daadwerkelijke mededinging verzekerd is. Pijnacker Hordijk merkt daarover echter op dat, daargelaten dat de aanbestedingsregels geen nadere invulling vormen van de mededingingsregels in het EG-Verdrag en diezelfde mededingingsregels niet ten doel hebben een zo groot mogelijke deelneming aan aanbestedingen te bewerkstelligen, geldt dat in de aanbestedingsrichtlijnen enkel het uitgangspunt is terug te vinden dat bij aanbestedingen voldoende gegadigden tot inschrijving moet worden toegelaten om daadwerkelijke mededinging te waarborgen, mits er überhaupt voldoende geschikte gegadigden zijn (vgl. artikel 44 richtlijn 2004/18/EG).⁶⁷

De overheid (en andere openbare lichamen) zijn aanbestedingsplichtig.

Het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (*Stb.* 2005, 408), afgekort Bao, gebaseerd op voornoemde Richtlijn 2004/18/EG geeft in artikel 23 onder § 7 voorschriften voor de in aanbestedingsstukken op te nemen technische specificaties.

§ 7. Voorschriften betreffende aanbestedingsstukken en technische specificaties

Artikel 23

1. Een aanbestedende dienst neemt de **technische specificaties** op in de aanbestedingsstukken.
2. De **technische specificaties** bieden de inschrijvers gelijke toegang en leiden niet tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de mededinging voor de openstelling van overheidsopdrachten.
(...)
11. Een aanbestedende dienst maakt in de **technische specificaties** geen melding van een bepaald fabrikaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze, noch van een verwijzing naar een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd wordt.
12. Een aanbestedende dienst mag de melding of verwijzing, bedoeld in het elfde lid, opnemen in de **technische specificatie** wanneer:
 - a. een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht niet mogelijk is door toepassing van het derde en vijfde lid, en
 - b. deze melding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden «**of gelijkwaardig**».

De toelichting bij het Bao zegt daarover dat de door de aanbestedende dienst gehanteerde technische specificaties ingevolge artikel 23 van dit besluit objectief toepasbaar zijn en niet-

⁶⁷ Pijnacker Hordijk e.a. 2009, p. 32

discriminatoir moeten zijn om te voorkomen dat een aanbestedende dienst de overheidsopdracht zodanig specificeert dat slechts één (beoogde) leverancier eraan kan voldoen.

De vraag doet zich voor of er sprake is van objectief toepasbare specificaties wanneer het kader waaraan gelijkwaardige oplossingen worden getoetst niet op voorhand duidelijk is.

In beginsel is het verboden te verwijzen naar merken of octrooien.⁶⁸ Alleen wanneer het niet op een andere manier mogelijk is om de overheidsopdracht te specificeren, mag naar merken of octrooien worden verwezen. Een dergelijke verwijzing moet steeds vergezeld gaan van de woorden «**of gelijkwaardig**» (artikel 23, twaalfde lid). Om de gelijkwaardigheid van een oplossing of een gelijkwaardigheid aan een gestelde norm, prestatie-eis, functionele eis of andere specificatie aan te tonen, mogen inschrijvers ieder bewijsmiddel gebruiken. Een voorbeeld van een passend middel is een **technisch dossier van de fabrikant** of een testverslag van een erkende organisatie. Wanneer de aanbestedende dienst van mening is dat geen sprake is van gelijkwaardigheid, dient hij dit overeenkomstig de eisen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te motiveren. Voor de interpretatie van artikel 23 van dit besluit zijn de interpretatieve mededelingen van de Commissie van belang.⁶⁹

De interpretatieve mededeling COM(2001) 274 definitief betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren zegt hierover het volgende.

De richtlijnen betreffende overheidsopdrachten bevatten een gedetailleerd systeem van verplichte verwijzingen naar normen en vergelijkbare instrumenten, waarbij er sprake is van een duidelijke hiërarchie: eerst komen de Europese instrumenten, en als deze ontbreken, kan worden verwezen naar internationale of nationale normen of vergelijkbare instrumenten.

Afgezien van deze verplichting is het volgens de richtlijnen verboden om producten van een bepaald fabricaat of een bepaalde herkomst, dan wel een bijzondere werkwijze te vermelden, waardoor bepaalde ondernemingen worden begunstigd of uitgeschakeld. Merken, octrooien of typen of een bepaalde oorsprong of werkwijze mogen alleen worden aangeduid indien het voorwerp van de opdracht anders niet voldoende nauwkeurig en voor alle betrokkenen begrijpelijk is. Wanneer de richtlijnen dergelijke uitzonderingen toestaan, moeten deze aanduidingen altijd vergezeld gaan van de vermelding "**of daarmee overeenstemmend**".

De aanbestedende diensten mogen van deze regels afwijken en hoeven dan niet naar normen of vergelijkbare instrumenten te verwijzen. Dit geldt met name voor opdrachten met een echt innovatief karakter, waarvoor het gebruik van dergelijke instrumenten niet geschikt is.

⁶⁸ Nota van toelichting bij Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten, Stb. 2005, 408, p. 67

⁶⁹ Stb. 2005, 408, p. 67

Het doel van de voorschriften inzake technische specificaties is helder verwoord in de considerans van Richtlijn 2004/18/EG: de door de aanbestedende diensten opgestelde technische specificaties moet de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging mogelijk maken (...). Om de gelijkwaardigheid aan te tonen, moeten de inschrijvers elk bewijsmiddel kunnen gebruiken. Overheidsdiensten moeten iedere beslissing dat er geen sprake is van gelijkwaardigheid, kunnen motiveren.⁷⁰

5.1.3 Varianten

Naast de verplichting voor de aanbestedende dienst en daarmee de mogelijkheid voor inschrijvers om gelijkwaardige oplossingen toe te passen, kent Richtlijn 2004/18/EG en het Bao ook de mogelijkheid – naar vrije keuze van de aanbestedende dienst – om varianten⁷¹ toe te laten.

Het Bao geeft in artikel 24 de mogelijkheid aan de aanbestedende dienst om varianten toe te laten die inschrijvers vervolgens kunnen voorstellen. Lid 3 van artikel 24 Bao bepaalt daaromtrent dat de aanbestedende dienst aan dient te geven aan welke minimeisen deze varianten moeten voldoen. De aanbestedende dienst houdt vervolgens alleen rekening met varianten die aan de gestelde minimeisen voldoen (lid 4). De inschrijver die een alternatief⁷² indient, moet aangeven waarom hij dit alternatief ten minste gelijkwaardig acht aan de door de aanbesteder voorgeschreven besteksoplossing. De aanbesteder dient zijn beoordeling van het alternatief te kunnen motiveren.⁷³

Ook in dit verband speelt het begrip 'gelijkwaardig' dus een rol. Het alternatief (of de variant) dient ten minste gelijkwaardig te zijn. Evenals bij de beoordeling van gelijkwaardigheid bij technische specificaties is de concrete toetsingsmaatstaf ook bij varianten niet op voorhand duidelijk.

5.1.4 Beoordeling van gelijkwaardigheid

Bij de beoordeling van de gelijkwaardigheid van voorgestelde oplossingen, komt de aanbestedende dienst beoordelingsvrijheid toe, zo blijkt uit de jurisprudentie (zie hierna).

⁷⁰ Overweging (29) richtlijn 2004/18/EG

⁷¹ Men spreekt van varianten wanneer de aanbesteder in zijn vraagstelling inschrijvers uitnodigt of verplicht om in te schrijven voor meerdere onderling concurrerende oplossingen (Pijnacker Hordijk e.a. 2009, p. 387)

⁷² Het Aanbestedingsreglement Werken 2004 (ARW 2004) kende een onderscheid tussen de termen 'alternatief' en 'variant' waarbij eerstgenoemde een voorstel van de inschrijver inhield en laatstgenoemde een andere besteksoplossing, opgesteld door de aanbestedende dienst.

⁷³ Van Wijngaarden/ Chao-Duvis 2010, p. 360.

Enquête

Aan de 30 grootste gemeenten, de deelgemeenten in Amsterdam en Rotterdam, de provincies, de waterschappen, de bouwdiensten van de rijksoverheid⁷⁴ en aan ProRail zijn op 4 september 2011 vragen voorgelegd met betrekking tot de beoordeling van gelijkwaardigheid (zie bijlage 2). De respons bedroeg op 30 september 2011 30%. Uit de antwoorden komt het volgende beeld naar voren.

De respondenten geven aan dat het in de aanbestedingsfase over het algemeen weinig voorkomt dat inschrijvers een gelijkwaardige oplossing voorstellen tenzij door de aanbestedende diensten varianten nadrukkelijk zijn toegestaan. Respondenten geven daarbij aan dat zij geen varianten toestaan.⁷⁵ In de gevallen waarin varianten worden toegestaan of anderszins gelijkwaardige oplossingen beoordeeld dienen te worden, geschiedt dit over het algemeen door beoordelingscommissies waarvan de leden over een grote (technisch)inhoudelijke kennis beschikken.

Voor zover er al beleidskaders ten aanzien van aanbestedingen zijn opgesteld,⁷⁶ komt daarin niets voor omtrent de beoordeling van gelijkwaardigheid. Zo zich dit al voordoet, hanteren aanbestedende diensten veelal de stelling dat het aan de inschrijver is om aan te tonen dat een andere dan de bestekoplossing gelijkwaardig is. Het blijft daarbij in het midden op welke aspecten beoordeeld wordt of er sprake is van een gelijkwaardige oplossing. In een enkel geval werd aangegeven dat er – op het moment dat de vraag zich voordeed – een toetsingskader werd opgesteld. Ook gaf één van de respondenten aan dat gekeken dient te worden naar de ‘relevante elementaire eigenschappen’.

Einde bevindingen enquête

5.1.5 Analyse van jurisprudentie

Wanneer een voorstel tot het toepassen van een gelijkwaardig product door de aanbestedende dienst wordt afgewezen, betekent dit dat de desbetreffende inschrijving terzijde dient te worden gelegd omdat deze dan immers niet in overeenstemming is met het gevraagde. Wanneer de inschrijver het met de beslissing van de aanbestedende dienst niet eens is, zal hij zijn heil moeten zoeken, veelal bij de burgerlijke rechter die daartoe bij de op de aanbesteding van toepassing zijnde reglementen is aangewezen.⁷⁷ Omtrent de uitleg van

⁷⁴ Rijksgebouwendienst, Rijkswaterstaat, Dienst Vastgoed Defensie en Dienst Landelijk Gebied.

⁷⁵ Van de zijde van opdrachtnemers wordt wel verondersteld dat de regeling in de Europese richtlijn over varianten die de aanbesteder noodzaakt om op voorhand aan te geven aan welke minimeisen varianten moeten voldoen (als gevolg van het *Traunfellner* arrest – zie hierna) zoveel van het voorstellingsvermogen van aanbesteders vergt, dat minimeisen niet meer geformuleerd worden en varianten niet meer worden aangeboden.

⁷⁶ Zie bijvoorbeeld de Nota Inkoop- en aanbestedingsbeleid voor de gemeente Rotterdam van november 2005 op http://www.rotterdam.nl/inkoop_en_aanbestedingsbeleid, geraadpleegd op 9 september 2011.

⁷⁷ In de oudere aanbestedingsreglementen was de Raad van Arbitrage voor de Bouw als geschilbeslechtende instantie aangewezen.

gelijkwaardigheid wordt met enige regelmaat geprocedeerd. Zo overwoog de voorzitter van de rechtbank Utrecht⁷⁸:

4.6.1 (...) De gemeente Utrecht en Klaver Bik(e)motion hebben aangevoerd dat een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht (de levering van een dubbellaags fietsparkeersysteem) niet mogelijk is door toepassing van artikel 2.5.2 ARW 2005 omdat er ten aanzien van dubbellaags fietsparkeersystemen geen (Europese of nationale) normen of standaarden zijn waarnaar kan worden verwezen (...). Het wordt er dan ook voor gehouden dat een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht niet mogelijk is door toepassing van artikel 2.5.2 ARW 2005, terwijl vaststaat dat de verwijzing naar de Double Parker vergezeld is gegaan van de woorden "of gelijkwaardig".⁷⁹

4.10 Vooropgesteld wordt dat in het bestek is vermeld dat het aangeboden fietsparkeersysteem "gelijkwaardig" moet zijn aan de daarin genoemde technische specificaties (eisen), waaronder de in dit geding aan de orde zijnde specificatie:

"Automatisch borgsysteem op bovenste plaatsen, ter vergrendeling van het achterwiel waardoor fietsen veilig staan tijdens gebruik" (hierna te noemen: "de specificatie").

Noch in het bestek noch in het ARW 2005 is gedefinieerd wat onder gelijkwaardig dient te worden verstaan (onderstreping JvK). Het is aannemelijk dat onder "gelijkwaardig" niet dient te worden verstaan "hetzelfde" of "gelijk".

Het is – anders dan Aannemersbedrijf Wallaard Noordeloos kennelijk meent – op grond van het bestek dan ook niet vereist dat het aangeboden fietsparkeersysteem beschikt over eenzelfde automatisch borgsysteem als dat van de "Double Parker" van Klaver. Het gaat erom dat het aangeboden fietsparkeersysteem een gelijkwaardig alternatief biedt voor dit automatische borgsysteem. Het is voldoende aannemelijk dat een redelijk geïnformeerde en oplettende potentiële gegadigde begrijpt (onderstreping JvK) dat hiermee verlangd wordt dat de fietsen op de bovenste etage van het fietsparkeersysteem tijdens het gebruik veilig staan, in de zin van geborgd/ stevig vast staan, en niet bij het boven of naar beneden tillen/ schuiven van de goot uit de goot kunnen vallen. De Double Parker heeft als oplossing hiervoor een automatisch borgsysteem op de bovenste plaatsen waarbij het achterwiel wordt vergrendeld door twee pinnen die de velg omklemmen.

De voorzitter van de rechtbank introduceert hier een **geobjectiveerd criterium**⁸⁰: een redelijk geïnformeerde en oplettende potentiële inschrijver dient te begrijpen wat in casu onder een gelijkwaardig alternatief dient te worden verstaan. Aan het ontbreken van op voorhand duidelijk kenbare criteria om de gelijkwaardigheid te kunnen beoordelen wordt derhalve geen groot gewicht toegekend.

⁷⁸ Vrz. Rb. Utrecht 11 februari 2009, LJN: BH2482

⁷⁹ In het onderhavige bestek was fietsparkeersysteem 'Etagesysteem Double Parker' van leverancier Bik(e)motion omschreven.

⁸⁰ Geobjectiveerd houdt in dat niet gekeken wordt naar wat de desbetreffende inschrijver had horen te begrijpen maar wat een 'gemiddelde' inschrijver had behoren te begrijpen.

In Hof Leeuwarden, 28 september 2010, LJN: BN8784 was het volgende het geval. Voor de aanleg van een stalen damwand was in het bestek 'type AZ-13 of gelijkwaardig' voorgeschreven. Aanneemster schrijft in met toepassing van het type AZ-13 en met een variant⁸¹, type AZ-12, voor een bedrag van € 900.000,-- lager dan met toepassing van het bestekstype. Na opdrachtverlening op basis van het bestekstype AZ-13 verzoekt aanneemster de variant toe te mogen passen hetgeen door opdrachtgever wordt afgewezen. Tegen die afwijzing komt aanneemster op, stellende dat opdrachtgever in strijd heeft gehandeld met de redelijkheid en billijkheid door haar niet toe te staan om het onderhavige werk uit te voeren met de gelijkwaardige plank van het type AZ-12. Het Hof overweegt dat, indien duidelijk zou zijn dat de nadien aangeboden variant volstrekt gelijkwaardig is aan het in het bestek en de inschrijving genoemde product, de redelijkheid en billijkheid er aan in de weg staan dat opdrachtgever op het verzoek om het alternatieve, volstrekt gelijkwaardige product toe te passen, negatief beslist.

Ook bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw wordt geprocedeerd in aanbestedingsgeschillen. In Raad van Arbitrage 6 augustus 2003, nr. 25.766 (*niet gepubliceerd*) stelden arbiters dat, hoewel artikel 24 lid 3 UAR-EG 1991⁸² (...) de aanbestedende dienst een ruime **beoordelingsvrijheid** geeft, dient een besluit tot het niet in beschouwing nemen of afwijzen van een alternatief naar het oordeel van arbiters zodanig te zijn ingericht dat dit marginaal op zijn redelijkheid getoetst kan worden.

De Raad hanteert diverse begrippen voor wat betreft hetgeen een aanbestedende dienst aan ruimte of vrijheid heeft om alternatieven te beoordelen. In Raad van Arbitrage 26 mei 1998, nr. 20.419, *BR* 1998, p. 699 stellen arbiters dat het toepasselijke aanbestedingsreglement blijkens de tekst ("naar het oordeel van de aanbesteder") aan een aanbesteder **beleidsruimte** openlaat om te beoordelen of sprake is van gelijkwaardigheid van een alternatief (...). De **beoordelingsvrijheid** van een aanbesteder wordt uiteraard wel begrensd door de redelijkheid en billijkheid, zo luidt de overweging van arbiters verder.

In Raad van Arbitrage 15 juli 2005, nr. 70.758 (*niet gepubliceerd*) overwogen arbiters in een geschil omtrent de al dan niet gelijkwaardigheid van plaatstalen duikers ten opzichte van de besteksmatig voorgeschreven betonnen duikers:

Appèlarbiters hebben (...) overwogen (*in een eerder tussenvonnis, JvK*) dat het bewijs van de gelijkwaardigheid wordt geleverd door het bewijs van dezelfde prestaties van een plaatstalen duiker ten opzichte van een betonnen duiker.

⁸¹ Uit het arrest wordt niet duidelijk of het indienen van varianten wel was toegestaan gelet op artikel .. Bao.

⁸² Het Uniform Aanbestedingsreglement EG 1991 waarvan het desbetreffende artikel 24 lid 3 luidt: "Een alternatieve aanbieding wordt alleen in beschouwing genomen, indien deze: a. betrekking heeft op een wezenlijke wijziging van de voorgeschreven constructie, de bouwstoffen, de werkwijze of de hulpmiddelen en b. naar het oordeel van de aanbesteder in kwaliteit ten minste gelijkwaardig is aan hetgeen is voorgeschreven".

(...)

Appèlarbiters zijn op grond daarvan van oordeel dat aanbesteder op het eerste gezicht de gelijkwaardigheid van het alternatief in sterkte mocht aannemen.

(...)

Daarnaast dient nog de levensduur (...) van het alternatief met de besteksoplossing vergeleken te worden (...) kan veilig worden aangenomen dat de plaatstalen duiker net als de betonnen duiker een levensduur van vijftig jaar haalt. De alsdan blijvende restwaarde is niet in de discussie betrokken en vormt dus geen element voor de gelijke prestaties van de besteksoplossing en het alternatief. Ook wat betreft de verwachte levensduur kan aanbesteder in redelijkheid op het eerste gezicht de gelijkwaardigheid van het alternatief hebben aangenomen, welke gelijkwaardigheid nadien in berekeningen is bevestigd.

(...)

Op grond van het vorenoverwogene zijn appèlarbiters van oordeel dat aanbesteder in redelijkheid heeft kunnen besluiten het werk te gunnen overeenkomstig het aangeboden alternatief, nu dit alternatief gelijkwaardig kan worden geacht aan de besteksoplossing.

Een interessante uitspraak wanneer het gaat om de wijze van in het bestek formuleren van de eisen die aan een product worden gesteld, is te vinden in Raad van Arbitrage 12 mei 2005, nr. 70.961 (*niet gepubliceerd*). In deze zaak waren door een aanbestedende gemeente zowel specifieke producteisen geformuleerd, in casu motorvermogens van te leveren pompen alsmede resultaatverplichtingen, te weten een regelmatige stroomsnelheid in een drukriool van 0,60 m/ seconde. Een – afgewezen – inschrijver had pompen met een lager motorvermogen aangeboden maar beargumenteerde dat met haar aanbieding het door de gemeente beoogde resultaat geheel en al bereikt kon worden, dat wil zeggen een functionerend perspompsysteem met een doorstroming van 0,60 m/ seconde. De gemeente betoogde dat er geen sprake was van een gelijkwaardige aanbieding omdat toepassing van de aangeboden pompen haar inziens zou leiden tot lagere prestaties voor wat betreft opvoerhoogte, stroomsnelheid en hersteltijd voor storingen. Arbiters overwogen als volgt.

Appèlarbiters achten het niet uit te sluiten dat appellant met haar aanbieding een goede kijk heeft gehad op de ontwerpeisen die aan het onderhavige perspompsysteem moesten worden gesteld. Daarmee voldeed appellant echter niet aan hetgeen de gemeente met haar bestek eiste. Een feit blijft immers dat de aangeboden pompen qua vermogen ver lagen onder de bestekseisen. Het stond de gemeente daarbij geheel vrij, vanuit haar perceptie en opvattingen over de aan het systeem te stellen eisen, aan die bestekseisen vast te houden, ook als die in de visie van anderen zou kunnen leiden tot enige overcapaciteit.

Wellicht was het mogelijk geweest voor appellant de onderhavige inschrijving als alternatief te presenteren en daarnaast een besteksconforme aanbidding met het juiste vermogen te doen. Dat is echter niet gebeurd en hier dus niet aan de orde.

Gelijkwaardige oplossingen hoeven voorts niet in absolute zin gelijkwaardig te zijn, zo blijkt uit Raad van Arbitrage 7 augustus 2006, nr. 71.145 (*niet gepubliceerd*):

Appèlarbiters zijn van oordeel dat uit het bestek voortvloeit dat de alternatieve aanbidding dient te voldoen aan het bepaalde in NEN 6702 als minimumvereiste. Daarmee zal de alternatieve aanbidding op relevante punten technisch gelijkwaardig zijn aan de besteksoplossing. Met relevant wordt bedoeld: van belang voor het totale resultaat, wat wil zeggen voor het volledige bouwwerk (...). Nu de voorgeschreven levensduur voor het geluidscherm door toepassing van de NEN 6702 op vijftig jaar gesteld dient te worden, is de feitelijke levensduur van de besteksconforme palen tot minimaal 400 jaar niet relevant voor het volledige bouwwerk.

Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat het toetsingscriterium niet zozeer hetgeen in het bestek voorgeschreven is, maar de minimumeisen die daarvoor te gelden hebben. Een paalfundering die 173 jaar meegaat is daarmee gelijkwaardig aan een paalfundering die minstens 400 jaar meegaat gelet op het toetsingscriterium uit NEN 6702.

Raad van Arbitrage 16 november 2006, nr. 71.167 (*niet gepubliceerd*): Appèlarbiters zijn van oordeel dan inschrijfter uit de besteksomschrijving heeft mogen afleiden dat de dakbedekking voor wat betreft de weerstand tegen mechanische beschadigingen diende te voldoen aan begaanbaarheidsklasse R3. Daaraan voldoet het alternatief.

Het betrof hier een hoger beroepszaak tegen de gelijkkluidende uitspraak van arbiters in eerste aanleg dat de voorgestelde 1-laags dakbedekking gelijkwaardig was aan de besteksmatig voorgeschreven 2-laags dakbedekking, zulks overigens in afwijking van een rapport van Bureau Dak Advies BDA, waarvan arbiters in eerste aanleg oordelen dat niet getoetst is op gelijkwaardigheid, doch op gelijkheid (*sic!*, *JvK*).

Met betrekking tot varianten is het voorts zo dat besteksconforme inschrijvingen en varianten dienen te worden beoordeeld in het licht van dezelfde gunningcriteria. Daarbij rijst volgens Pijnacker Hordijk⁸³ de vraag of de aanbestedende dienst nog de vrijheid heeft om – buiten de waarborgen om, die in de specifieke minimumeisen besloten liggen – te toetsen of de aangeboden variant ten minste gelijkwaardig is aan de besteksconforme oplossing. Deze vraag dient vervolgens ontkennend te worden beantwoord. Het toetsingskader bestaat dus uit de geformuleerde minimumeisen waarbuiten niet getreden mag worden.

In dit verband kan ook worden gewezen op de uitspraak van de voorzieningenrechter rechtbank Arnhem 7 december 2007, LJN: BC1189 waarin de rechter mee lijkt te gaan met

⁸³ Pijnacker Hordijk e.a. 2009, p. 390

de stelling van eiseres dat een variant alleen voor gunning in aanmerking kan komen indien deze tenminste gelijkwaardig is aan de besteksoplossing. Deze beoordeling doet, ook weer volgens Pijnacker Hordijk⁸⁴ de vraag rijzen of de gepasseerde inschrijver überhaupt vragen kan opwerpen met betrekking tot de gelijkwaardigheid van de variant van een andere inschrijver zonder verwijzing naar een daarop betrekking hebbende minimumeis in het bestek.

Mijns inziens dient hier niet alleen gelet te worden op het formele criterium van de juiste verwijzing naar de daarop betrekking hebbende minimumeis maar dient ook materieel duidelijk te zijn wat de toetsingscriteria zijn.

5.1.6 Het arrest Traunfellner

Een belangrijke vraag in het kader van de beoordeling van varianten is door het HJvEG beantwoord in het arrest Traunfellner.⁸⁵ In de literatuur⁸⁶ wordt het belang van dit arrest vooral daarin gezien dat bij de beoordeling van varianten een verwijzing naar nationale wetgeving is in strijd met het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende verplichting tot transparantie. Aan het criterium inzake de vermelding van minimumvereisten die door een aanbestedende dienst worden gesteld om varianten in aanmerking te nemen, wordt niet voldaan wanneer in het bestek enkel wordt verwezen naar een nationale wetsbepaling volgens welke met de alternatieve aanbidding de levering van een prestatie wordt gewaarborgd die kwalitatief gelijkwaardig is aan de in de aanbesteding genoemde prestatie.

Besteksconforme inschrijvingen en varianten dienen in het licht van dezelfde gunningcriteria te worden beoordeeld. Daarbij rijst de vraag of de aanbestedende dienst nog de vrijheid heeft om te toetsen of de aangeboden variant kwalitatief ten minste gelijkwaardig is aan de besteksconforme oplossing buiten de waarborgen om, die in de specifieke minimumeisen besloten liggen. Pijnacker Hordijk meent dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord.⁸⁷

Daarnaast doet het Hof ook een belangrijke uitspraak met betrekking tot de invulling van het begrip 'gelijkwaardigheid'. In de literatuur heeft dit onderdeel van de uitspraak niet veel aandacht gekregen hoewel het mij in het licht van het onderhavig onderwerp van groot belang lijkt te zijn. In rechtsoverweging 10 concludeert het Hof:

Er werden voor de aanbiedingen die in overeenstemming met de aanbesteding waren of voor alternatieve aanbiedingen geen gunningcriteria ter beoordeling van de economische en technische kwaliteit vastgelegd. Evenmin werd in de aanbesteding bepaald dat alternatieve

⁸⁴ Pijnacker Hordijk e.a. 2009, p.

⁸⁵ Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen 16 oktober 2003, nr. C-421/01

⁸⁶ Bovis 2008, p. 281, Van Romburgh 2005, p. 231

⁸⁷ Pijnacker Hordijk e.a. 2009, p. 390

aanbiedingen de levering van prestaties moesten waarborgen die aan het officiële bestek voldeden, en de inhoud van het begrip “levering van een gelijkwaardige prestatie” werd niet verklaard (onderstreping JvK).

Het Hof geeft hiermee dus aan dat een aanbestedende dienst niet alleen de minimumeisen dient te vermelden maar ook dient aan te geven wat de inhoud van het begrip “levering van een gelijkwaardige prestatie” is. Met andere woorden: op welke manier (in materiële zin) beoordeelt de aanbestedende dienst of er een gelijkwaardige prestatie wordt geleverd?

5.2 Bouwcontracten

5.2.1 Inleiding

Bouwcontracten zijn er in vele soorten en maten, variërend van overeenkomsten – al dan niet op schrift – voor de verbouwing van de badkamer tot en met vele miljoenen kostende bouwprojecten in de burgerlijke en utiliteitsbouw en in de weg- en waterbouw. Het begrip ‘gelijkwaardigheid’ kan daarin op twee manieren aan de orde komen. In de eerste plaats via de technische specificaties (het bestek) als reeds hiervoor onder het aanbestedingsrecht behandeld (deze technische specificaties zijn ook aan de orde in de contractuele fase) en in de tweede plaats via de in grotere bouwprojecten veelal van toepassing zijnde Uniforme Administratieve Voorwaarden 1989 (UAV 1989) en de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contractvormen 2005 (UAV-GC 2005). Daarnaast kan het aan de orde komen in de algemene voorwaarden die bij koop/ aannemingsovereenkomsten worden gehanteerd.

5.2.1.1 Technische specificaties

Indien in een bestek producten zijn genoemd, kunnen (indien het om aanbestedende diensten gaat: moeten) opdrachtgevers daarin vermelden dat een gelijkwaardig product is toegestaan. Veel meer dan die in algemene zin geformuleerde regel treft men daarin meestal niet aan. De wijze waarop beoordeling plaats vindt en de materiële beoordeling zijn daardoor niet op voorhand kenbaar.

5.2.1.2 UAV 1989

Een meer algemeen gestelde bevoegdheid om andere dan de in het bestek genoemde producten toe te passen, is geformuleerd in de UAV 1989. Het begrip ‘gelijkwaardigheid’ komt met zoveel woorden daarin overigens niet voor. Wel kennen deze aan de aannemer de bevoegdheid toe om andere bouwstoffen te mogen leveren. § 17 lid 5 zegt daarover:

Indien de directie zulks goed vindt, zal de aannemer in plaats van met een fabrieksnaam aangeduide bouwstoffen andere mogen leveren, mits van overeenkomstige hoedanigheid.

In de literatuur⁸⁸ wordt algemeen aanvaard dat § 17 lid 5 de aannemer geen *recht* geeft om andere bouwstoffen te leveren maar hem wel de *bevoegdheid* geeft tot het doen van voorstellen dienaangaande. Het is daarbij dan aan de aannemer dat de door hem voorgestelde bouwstof *van overeenkomstige hoedanigheid* is.

De Raad van Arbitrage heeft in zijn uitspraak van 21 april 1989, nr. 12.623, *BR* 1989, p. 629 aangegeven dat het in § 17 lid 5 niet gaat om een recht van de aannemer doch uitsluitend om een verzoek van de aannemer aan de directie, waarbij de laatstgenoemde *geheel vrij is* (*cursivering JvK*) hoe daarop te beslissen. Van Wijngaarden⁸⁹ acht dit laatste niet juist, stellende dat de directie een afwijzing gemotiveerd dient te doen zodat in arbitrage getoetst kan worden of de afwijzing al dan niet op terechte gronden is geschied. Deze zienswijze lijkt me juist.

5.2.1.3 UAV-GC 2005

De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contractvormen 2005 (UAV-GC 2005) kennen een andere systematiek dan de UAV 1989. Waar bij deze laatste het uitgangspunt is dat de opdrachtgever zorg draagt voor het ontwerp en de aannemer dat uitvoert (waarbij hem als gezegd een bevoegdheid toekomt om andere dan de voorgeschreven bouwstoffen toe te passen) is de UAV-GC 2005 geschreven met als uitgangspunt dat de opdrachtnemer zorg draagt voor zowel ontwerp als uitvoering op grond van door de opdrachtgever omschreven vraagspecificatie. De UAV-GC 2005 kennen de mogelijkheid van wijzigingen op initiatief van de opdrachtnemer. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen wijzigingen van door de opdrachtnemer gemaakte keuzen, van documenten, van werkzaamheden en van resultaten van werkzaamheden in het geval wanneer de opdrachtgever over deze keuzen e.d. nog niet dan wel reeds is geïnformeerd. Is de opdrachtgever daarover nog niet geïnformeerd, dan staat het opdrachtgever vrij daarin wijzigingen aan te brengen zolang tenminste binnen het kader van de vraagspecificatie wordt gebleven. Wanneer de opdrachtgever over deze keuzen e.d. reeds wel is geïnformeerd (dan wel wanneer daarover afspraken zijn gemaakt in het te overleggen toetsings- of keuringsplan), dan mag de opdrachtnemer slechts over gaan tot het doorvoeren van die wijzigingen nadat deze ter toetsing aan de opdrachtgever zijn voorgelegd. In een dergelijk geval zal de opdrachtgever de acceptatie van de voorgestelde wijziging alleen kunnen weigeren, wanneer bijvoorbeeld door het aanbrengen van een wijziging (...) niet langer meer

⁸⁸ Representatief daarvoor o.a. Van Wijngaarden 2002, p. 26-27

⁸⁹ Van Wijngaarden 2002, p. 27

wordt voldaan aan de in het acceptatieplan opgenomen criteria die aan het oorspronkelijke document e.d. werden gesteld.⁹⁰

5.2.1.4 Koop/ aannemingsovereenkomsten

Bij koop/ aannemingsovereenkomsten gesloten onder garantie van het voormalige Garantie Instituut Woningbouw GIW (waarvan de activiteiten deels zijn voortgezet door de Stichting Waarborgfonds Koopwoningen SWK) worden algemene voorwaarden gehanteerd waarin een bepaling is opgenomen omtrent wijzigingen door de ondernemer (artikel 6 Algemene voorwaarden voor de koop/ aannemingsovereenkomst voor eengezinshuizen met toepassing van de GIW garantie- en waarborgregeling respectievelijk artikel 3 van de vergelijkbare regeling van SWK):

De ondernemer is gerechtigd tijdens de (af)bouw die wijzigingen in het bouwplan aan te brengen, waarvan de noodzakelijkheid bij de uitvoering blijkt, mits deze wijzigingen geen afbreuk doen aan waarde, kwaliteit, uiterlijk, aanzien en bruikbaarheid van de woning; deze wijzigingen zullen geen der partijen enig recht geven tot het vragen van vergoeding van mindere of meerdere kosten. De ondernemer zal de wijzigingen, tenzij die van zeer ondergeschikte aard zijn, registreren op een lijst die op de bouwplaats ter inzage van de verkrijger zal liggen.

Wanneer we deze bepaling vergelijken met de regelingen uit de UAV respectievelijk UAV-gc, dan valt op dat er meer houvast lijkt te zijn op welke gronden wijzigingen beoordeeld worden in vergelijking met hetgeen in de koop/ aannemingsovereenkomst is overeengekomen. Hoewel de term 'gelijkwaardigheid' hierin niet met zoveel woorden wordt gebezigd, is het duidelijk dat het criterium 'geen afbreuk doen aan' dat wel beoogd te garanderen.

Anders dan onder de UAV 1989 het geval is – waar de aannemer op grond van § 17 lid 5 slechts een bevoegdheid toekomt wijzigingsvoorstellen te doen – komt de opdrachtnemer onder deze algemene voorwaarden een zelfstandig recht toe om wijzigingen door te voeren mits het gaat om een noodzakelijke wijziging, hij zich houdt aan het gestelde criterium en een administratie daaromtrent voert. Daarnaast volgt uit jurisprudentie dat het moet gaan om een, ten tijde van het aangaan van de overeenkomst, niet-voorzienbare omstandigheid.⁹¹

5.2.2 Doel van gelijkwaardigheid

Wat de zin is van de bepalingen in de hierboven behandelde algemene voorwaarden dat de aannemer de bevoegdheid heeft om onder voorwaarden een andere bouwstof te leveren, is niet geheel duidelijk. Van Wijngaarden (*dit handelt over de UAV; JvK*) stelt dat het ook zonder uitdrukkelijk voorschrift mogelijk is dat de aannemer bouwstoffen van

⁹⁰ Toelichting bij Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005, p. 63

⁹¹ Zie voor een uitvoerige bespreking Bruggeman 2010, p. 304 e.v.

overeenkomstige hoedanigheid zal mogen leveren omdat dit immers afhangt van het goedvinden der directie.⁹² Hij trekt daaruit de conclusie dat de zin van deze bepaling slechts kan zijn de directie op het hart te binden op een desbetreffend verzoek van de aannemer niet zonder gegronde reden afwijzend te beschikken. Een dergelijke uitleg legt derhalve een impliciete motiveringsplicht op de bouwdirectie bij een afwijzing van het voorstel van de aannemer. Deze motiveringsplicht is in de concepttekst van de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en technische installatiewerken 2011 (UAV 2011)⁹³ expliciet gemaakt door aan lid 5 van § 17 toe te voegen:

De directie onthoudt de goedkeuring niet op onredelijke gronden.

Ten tijde van de herziening van de UAV 1989 waarin een consultatieronde heeft plaatsgevonden, is de vraag opgekomen of de directie aan een redelijkheidstoets is gebonden inzake de verlangde goedkeuring genoemd in § 17 lid 5. Bij de beantwoording daarvan heeft de werkgroep herziening UAV 1989 aansluiting gezocht bij de hiervoor door Van Wijngaarden getrokken conclusie en dientengevolge § 17 lid 5 aangevuld met voornoemde regel.⁹⁴

De bepaling in de algemene voorwaarden bij de koop/ aannemingsovereenkomst lijkt er vooral voor bedoeld te zijn de aannemer enige armslag te geven indien er sprake is van niet-voorzienbare omstandigheden en de noodzakelijkheid voor het doorvoeren van een wijziging aan de orde is zonder dat daarover voorafgaand overleg met koper(s) hoeft plaats te vinden. Dit zal ook te maken hebben met het feit dat er bij één door de aannemer te bouwen project vaak sprake is van meerdere overeenkomsten met kopers.

5.2.3 Analyse van jurisprudentie

Geschillen in bouwcontractuele zaken worden vaak voorgelegd aan de Raad van Arbitrage voor de Bouw die veelal daartoe in algemene voorwaarden zijn aangewezen. Uit de uitspraken van de Raad van Arbitrage waarin geschillen tussen omtrent gelijkwaardigheid aan de orde is zijn, is een indeling te maken naar gelang de wijze van beoordeling. In het onderstaande analyseer ik een aantal uitspraken om te bezien of daaruit een lijn te trekken valt.

Algemene criteria

In de uitspraak van 21 oktober 2010, nr. 31.979 (*niet gepubliceerd*) overwoog arbiter dat er sprake is van gelijkwaardigheid wanneer de relevante eigenschappen overeenkomen en

⁹² Van Wijngaarden 1974, p. 75

⁹³ Concepttekst van 11 november 2010

⁹⁴ Zie http://www.ibr.nl/files_content/Notitie%2012%20-%20Par.%2017%20-%20lid%205.pdf en http://www.ibr.nl/files_content/Notitie%2016%20-%20Par.%2017%20tot%20en%20met%201%20-%20Bouwstoffen.pdf, beiden geraadpleegd op 21 september 2011.

minstens zo goed zijn als die van het in het bestek vermelde beoogde product. Hoewel dit criterium op het eerste gezicht niet veel meer houvast lijkt te bieden, geeft het bij nadere beschouwing aan dat er eigenschappen zijn op grond waarvan het product in het bestek is genoemd en die van belang zijn voor de beoordeling van alternatieve producten op het aspect gelijkwaardigheid.

Naast het meer algemene criterium van de relevante eigenschappen kunnen ook de omstandigheden waaronder een product wordt toegepast van belang zijn.

Raad van Arbitrage 3 januari 2008, nr. 29.622 (*niet gepubliceerd*): Aanneemster stelt dat op grond van de overgelegde detailtekening een thermische oplegging van foamglas of gelijkwaardig diende te worden aangebracht. Aanneemster meent dat de cellenbetonblokken in deze situatie gelijkwaardig zijn. Voor de waterdichtheid of voor een koudebrug valt volgens aanneemster niet te vrezen, omdat de cellenbetonblokken veel hoger liggen dan de hoogste te verwachten grondwaterstand ter plaatse. Arbiters overwegen dat de cellenbetonblokken de eigenschap hebben uit de daartegen gelegen grond eventueel regen- en sproeiwater op te nemen, ongeacht het grondwaterpeil. Hoewel dit niet betekent dat de constructie niet waterdicht is, is de isolatiewaarde van met water verzadigd cellenbeton aanzienlijk minder dan van droog cellenbeton of foamglas. Arbiters zijn daarom in billijkheid van oordeel dat opdrachtgever hiermee geen genoegen hoeft te nemen.

Interessant is ook een uitspraak waarin een aannemer een andere trap had geplaatst dan in het bestek voorgeschreven.

Raad van Arbitrage 18 januari 2007, nr. 25.787 (*niet gepubliceerd*): Arbiters overwegen dat aanneemster een eenvoudige vurenhouten trap met leuning heeft aangebracht daar waar in het bestek wordt gesproken over – kort samengevat – een metalen steektrap met hardhouten treden, stootborden en metalen balustrades. Er is hier naar het oordeel van arbiters geen sprake van een keuze door aanneemster die voldoet aan het tussen partijen afgesproken criterium “ten minste gelijkwaardig”.

Wat zijn hier de relevante eigenschappen die maken dat arbiters oordelen dat er geen sprake is van gelijkwaardigheid? Mits de door aanneemster geleverde trap voldoet aan de eisen uit het Bouwbesluit, is deze ten aanzien van dat aspect in elk geval wel als gelijkwaardig te beschouwen.

De omstandigheden waaronder een product wordt toegepast, spelen een rol bij de volgende uitspraken.

Raad van Arbitrage 16 oktober 2007, nrs. 71.136 en 71.137 (*beiden niet gepubliceerd*): Appèlarbiters overwegen dat Isover Mupan Plus met harde persing, mits goed verwerkt, gelijkwaardig is aan EPS⁹⁵.

In gelijke zin ook:

Raad van Arbitrage 24 juli 2009, nr. 71.263 (*niet gepubliceerd*): Deze grief heeft betrekking op de aanleg van een gesloten bronsysteem op grote diepte. Tussen partijen staat vast dat leidingen van PVC zijn toegepast terwijl PE is voorgeschreven. Opdrachtgever maakt hier bezwaar tegen. Met aanneemster zijn appèlarbiters van oordeel dat PVC als gelijkwaardig aan PE kan worden aangemerkt.

En:

Raad van Arbitrage 10 januari 2011, nr. 31.717 (*niet gepubliceerd*): Opdrachtgever stelt dat aanneemster geen harde persing (P.U)-isolatie heeft gebruikt maar een zachte (...). Arbiters is niet gebleken dat het door aanneemster gebruikte materiaal niet tenminste gelijkwaardig is aan het begrote materiaal.

Hoewel er dus verschillende materialen gebruikt worden – in het laatstgenoemde geval eenzelfde materiaal maar van een andere persing – kan dit onder de omstandigheden waaronder het gebruikt wordt, toch als gelijkwaardig worden beschouwd.

Raad van Arbitrage 11 juli 2008, nr. 29.930 (*niet gepubliceerd*): Aanneemster erkent dat er een andere kleur baksteen is gebruikt dan in de materiaalstaat behorend bij de koop/aannemingsovereenkomst is genoemd. Arbiters oordeelt dat de gebruikte donkere kleur baksteen geen esthetisch bezwaar oplevert. Voorts heeft arbiters geoordeeld dat de in de woning van opdrachtgevers gebruikte baksteen kwalitatief gelijkwaardig is aan de in deelgebied 1a gebruikte lichtrode baksteen. Objectief beschouwd, is er derhalve geen waardevermindering ontstaan door het gebruik van een baksteen in donkerrode kleur in plaats van lichtrode kleur.

Ondanks een in esthetisch opzichte afwijkend gebruikt materiaal, wordt hier geoordeeld dat dit toch gelijkwaardig kan zijn onder de omstandigheden waarin het is toegepast.

Naar het oordeel van arbiter(s)

Bezien we een aantal uitspraken⁹⁶ van de Raad van Arbitrage in het licht van de hierboven genoemde criteria, dan valt op dat veelal de term ‘naar het oordeel van arbiter(s)’ wordt gebruikt zonder dat expliciet aandacht wordt besteed aan het hierboven genoemde.

⁹⁵ Isover Mupan Plus is een isolatiemateriaal gebaseerd op glaswol; EPS is geëxtrudeerd polystyreenschuim.

⁹⁶ Zie voorts bijvoorbeeld RvA 6 mei 1999, nr. 21.173 (*niet gepubliceerd*), RvA 26 oktober 2001, nr. 22.493 (*niet gepubliceerd*), RvA 23 april 2007, nr. 28.347 (*niet gepubliceerd*), RvA 3 januari 2008, nr. 29.622 (*niet gepubliceerd*)

Raad van Arbitrage 25 januari 2006, nr. 24.758 (*niet gepubliceerd*): Arbitrator is van oordeel dat de door de aannemer in een gemeenschappelijk trappenhuis aangebrachte heracoustiek platen niet gelijkwaardig werden geacht aan het besteksmatig voorgeschreven akoestisch pleisterwerk. Opmerkelijk daarbij is dat aan de akoestische kwaliteiten, waar het hier naar mag worden aangenomen, om te doen is, geen aandacht werd besteed. Arbitrator was van mening dat de opdrachtgever niet had gekregen wat partijen met elkaar waren overeengekomen op de grond dat heracoustiek platen in esthetisch opzicht (*onderstreping JvK*) niet gelijkwaardig zijn aan akoestisch pleisterwerk.

Opmerkelijk hierbij is dus dat aan de esthetische eigenschap van het toegepaste product belang wordt gehecht terwijl de akoestische eigenschappen in de uitspraak niet aan de orde komen.

Raad van Arbitrage 30 augustus 2010, nr. 30.469 (*niet gepubliceerd*): arbiters beschouwen houten dorpels kwalitatief niet gelijkwaardig aan holonite.

Een nadere onderbouwing van dit oordeel ontbreekt.

Eigenschappen in het specifieke geval

In een aantal uitspraken komt naar voren dat arbitrator(s) belang hecht(en) aan in dat geval specifieke eigenschappen.

Raad van Arbitrage 29 oktober 2010, nr. 31.225 (*niet gepubliceerd*): Vast staat tussen partijen dat niet de roosters zijn geplaatst zoals die in het bestek zijn genoemd. Arbiters volgen aanneemster niet in haar betoog dat de geplaatste roosters gelijkwaardig zijn aan de voorgeschreven roosters. De voorgeschreven roosters zijn zelfregulerend en de geplaatste roosters moeten handmatig worden bediend.

Blijkbaar geven hier niet de ventilatie-eigenschappen van de roosters de doorslag, maar de wijze van bediening.

Raad van Arbitrage 19 juni 2006, nr. 71.015 (*niet gepubliceerd*): Gelet op het verschil tussen draairamen en draai/kiepramen zijn appèlarbiters van oordeel dat plaatsing van draairamen geen aanvaardbaar en gelijkwaardig alternatief vormt. Dat het ventilatiesysteem van de draairamen gelijk is aan de draai/kiepramen doet naar het oordeel van appèlarbiters niet aan af. Het wezenlijke verschil tussen deze twee soorten ramen is immers veeleer gelegen in de openingsmogelijkheden (naar binnen kiepen of horizontaal openen).

De relevante eigenschap vormt dus hier niet de mogelijkheid en kwantiteit van natuurlijke ventilatie die met beide typen ramen gerealiseerd kan worden maar de gebruiksmogelijkheden. Een vergelijkbaar geval deed zich later voor.

Raad van Arbitrage 20 maart 2008, nr. 100.007 (*niet gepubliceerd*): Arbiters overweegt dat opdrachtgevers voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat de door ondernemster gerealiseerde ramen voor hen niet gelijkwaardig zijn aan de overeengekomen draai/kiepramen. Daarbij speelt onder meer de geringere kans op inregenen en de mindere inbraakgevoeligheid van draai/kiepramen bij openstaan in kiepstand ten opzichte van opengedraaid.

Ten aanzien van de beoordeling van gelijkwaardigheid worden hier dus andere criteria betrokken dan bij de eerdere zaak het geval was.

Raad van Arbitrage 31 maart 2011, nr. 29.723 (*niet gepubliceerd*): In dezen is in geschil of de gerealiseerde vloer gelijkwaardig is aan de oorspronkelijk overeengekomen cementdekvloer, wat betreft vlakheid en sterkte.

(...)

Niet is komen vast te staan dat de uiteindelijk uitgevoerde vloer met overlaging niet voldoet aan de daaraan te stellen vlakheideisen.

(...)

Arbiters overwegen dat een (ruim) 60 mm dikke anhydrietvloer een beduidend sterkere vloer oplevert dan een 70 mm dikke cementdekvloer.

(...)

Gelet op het voorgaande voldoet de uiteindelijk gerealiseerde vloer wat betreft de aan de sterkte te stellen eisen.

Ook de levensduur van het product kan een rol spelen:

Raad van Arbitrage 10 januari 2008, nr. 28.022 (*niet gepubliceerd*): Aanneemster had uit de bij het alternatief horende aflopende garantie moeten concluderen dat er geen sprake was van gelijkwaardige kwaliteit en had dat dienen te verwoorden naar opdrachtgeefster.

Uit Raad van Arbitrage 16 september 2008, nr. 28.668 (*niet gepubliceerd*) is een vrij uitvoerige motivatie te lezen waarom een door aanneemster aangebracht product niet gelijkwaardig werd geacht aan het besteksmatig voorgeschreven product.

Ondernemster was naar het oordeel van arbiters niet gerechtigd deze wijziging door te voeren, omdat Plathout in technisch opzicht niet gelijkwaardig is aan een product bestaande uit met kunsthars gebonden houtvezels. Partijen hebben TNO opdracht gegeven de verschillen te onderzoeken tussen Plathout enerzijds en Techwood, dat bestaat uit met kunsthars gebonden houtvezels, anderzijds. Uit het rapport van 23 december 2005 volgt dat beide producten wat

waterdichtheid betreft van elkaar verschillen. Plathout voldoet niet aan de waterdichtheideis (...). Daarnaast is er een verschil in hardheid: Plathout is vrij zacht zodat dit met name in de bergingen een kans op beschadigingen geeft. Techwood bestaat daarentegen uit vrij hard materiaal. In esthetisch opzicht zien arbiters een verschil: Plathout heeft een onregelmatig aanzicht door natuurlijke defecten die erin voorkomen, zoals kwasten, scheuren, gaten en harszakken, terwijl Techwood of het vergelijkbare Werzalit dat in dezelfde wijk bij woningen van andere types is toegepast, een regelmatig aanzicht geeft. Daarnaast zien arbiters een verschil in onderhoud (...). De conclusie hieruit is dat wat het onderhoud betreft, Plathout en Techwood geen gelijkwaardige producten zijn, te meer nu voor een afwerking in kleur is gekozen.

Naar het oordeel van arbiters doet de door ondernemer doorgevoerde wijziging afbreuk aan de kwaliteit, het uiterlijk en de bruikbaarheid van de woning.

Een vrij uitvoerig beargumenteerde uitspraak derhalve die echter de wel de vraag oproept of al de aspecten die de Raad in zijn overwegingen betreft wel als toetsingscriteria waren geformuleerd en daarmee kenbaar waren voor ondernemer. Dit speelt temeer omdat in het onderhavige geval het oorspronkelijk in de koop/ aannemingsovereenkomst opgenomen Techwood nadien door de architect was afgekeurd.

Aannemingsovereenkomst in relatie tot Bouwbesluit

In Raad van Arbitrage 17 april 2004, nr. 24.939 (*niet gepubliceerd*) kwam de vraag aan de orde of een op grond van het Bouwbesluit toegepaste gelijkwaardige oplossing toch in privaatrechtelijke zin een gebrek zou kunnen bevatten. Arbiters was van oordeel dat, wanneer een constructie een gelijkwaardige veiligheid biedt zoals in het Bouwbesluit wordt beoogd, daarmee in zijn algemeenheid nog niet vaststaat dat de constructie (dus) geen gebrek bevat. Hoewel dit in algemene zin mijns inziens juist is, is het wel opmerkelijk dat het gebrek in het onderhavige geval er juist daarin bestaat dat er naar het oordeel van arbiters sprake is van een gevaarlijke situatie. Opmerkelijk, omdat de eisen die het Bouwbesluit stelt ten aanzien van balustrades nu juist tot doel hebben de veiligheid te waarborgen.

Raad van Arbitrage 26 oktober 2001, nr. 22.493 (*niet gepubliceerd*): S. stelt in deze procedure dat hij ten tijde van het geven van voornoemde toestemming niet wist en niet kon weten welke eigenschappen Unidek-panelen hebben, dat hij niet geacht kan worden zijn toestemming te hebben gegeven voor een inferieur product en dat de brandwerendheid van de dakpanelen voor hem van doorslaggevend belang is.

Arbiters overweegt dat de toegepaste Unidek-panelen voldoen aan het Bouwbesluit. De isolatiewaarde van deze panelen is hoger dan de isolatiewaarde van de Cospan-panelen (in de contractstukken waren beide typen panelen genoemd, JvK). De brandveiligheid van de Unidek-panelen is geringer, maar niet onvoldoende.

Een opmerkelijk vonnis in dit verband werd gewezen in Raad van Arbitrage 17 augustus 1998, nr. 70.295 (*niet gepubliceerd*).

Appèlarbiters zijn van oordeel dat het in afwijking van de contractstukken aangebrachte houten dak op zich deugdelijk is en gelijkwaardig aan het overeengekomen betonnen dak (...). Appèlarbiters merken op dat een betonnen garagedak, dat kouder kan worden en veel langer koud blijft dan een houten dak, eerder condensatieverschijnselen zal vertonen en van langduriger aard dan een houten dak (...). Het onderhavige dak behoeft niet méér onderhoud dan het overeengekomen dak, zodat ook in dat opzicht de uitvoering gelijkwaardig is.

(...)

Nu het aangebrachte garagedak naar het oordeel van appèlarbiters geen afbreuk doet aan waarde, kwaliteit, uiterlijk of bruikbaarheid van de garage zijn appèlarbiters met arbiter in eerste aanleg van oordeel dat sloop van het huidige dak en vervanging door een betonnen dak niet in verhouding staat tot het daarmee te bereiken resultaat, te weten het aanbrengen van een in alle opzichten minstens gelijkwaardig dak (*sic*).

Een vergelijking tussen een betonnen vloer en een houten vloer viel daarentegen in het nadeel van de houten vloer uit op het aspect van de geluidisolatie.

Raad van Arbitrage 16 april 1996, nr. 18.657, *BR* 1996, p. 846: Verweerster betoogt verder dat de houten vloer gelijkwaardig is aan een betonsysteemvloer en kopers daarom geen belang of schade zouden hebben. Ook dit moet arbiter – wederom voorlopig oordelend in kort geding – verwerpen. Met name ten aanzien van de geluidisolatie, en meer in het bijzonder het contactgeluid, is de thans geboden en aangebrachte houten vloer beslist niet gelijkwaardig, ook niet als rekening wordt gehouden met de voorgestelde isolatie en de door verweerster nog aangeboden vloer van “cempanel”.

(...)

Arbiter moet in het kader van dit kort geding wel in het midden laten of de nu opgelegde maatregel geluidsproblematiek (dat wil dus zeggen ongelijkwaardigheid op dit punt met de aansluitende betonsysteemvloeren) volledig voorkomt, en zon neen, of rechtens dan aanspraak kan zijn op een vergoeding wegens minderwaarde.

Jurisprudentie bij koop/ aannemingsovereenkomsten

Zoals in paragraaf 5.1.2.4 aan de orde is geweest, kennen de algemene voorwaarden bij koop/ aannemingsovereenkomsten criteria op grond waarvan wijzigingen door de opdrachtnemer mogen worden doorgevoerd. Deze zien we dan ook terugkomen in uitspraken van de Raad van Arbitrage waarin dergelijke wijzigingen werden doorgevoerd en de opdrachtgever daartegen bezwaar maakte.

Raad van Arbitrage 3 april 2003, nrs. 23.429 t/m 23.433 (*niet gepubliceerd*): Anders dan opdrachtgevers stellen zijn arbiters van oordeel (*ook hier komt het oordeel van arbiters naar voren; JvK*) dat het toegepaste materiaal op zich niet inferieur van kwaliteit is. Anders verwoord, ook gelamineerd en gevingerlast Hemlock-hout voldoet kwalitatief aan de in de technische omschrijving vermelde productomschrijving.

Raad van Arbitrage 11 juli 1989, nr. 13.630, *BR* 1990, p. 58: Arbitrator overweegt dat inderdaad het dakbeschot zoals in de technische omschrijving voorgeschreven, niet leverbaar was en dat de door de verweerder gekozen oplossing alleszins deugdelijk en aanvaardbaar is.

Het ging in dit geval om een volgens de overeenkomst te leveren dakbeschot van polystyrenschuim, aan de onderzijde bekleed met multiplex en aan de bovenzijde met een vezelplaat. Nu dit niet leverbaar bleek, paste de aannemer polystyrenschuim aan beide zijden bekleed met spaanplaat toe hetgeen in de ogen van de arbiter genade vond.

Niet gelijkwaardig geacht werd een enkele, 20 cm dikke gasbetonwand in plaats van een spouwmuur, bestaande uit twee gasbetonmuren gescheiden door isolatie met een totale pakketdikte van 24 cm op de grond dat de geluidisolatie van de enkele muur beduidend minder is (Raad van Arbitrage 27 april 1972, nr. 6.306, *BR* 1972, p. 464) en een door aannemster doorgevoerde wijziging aan een terrasconstructie waardoor afbreuk werd gedaan aan de gebruikswaarde van het appartement (Raad van Arbitrage 31 juli 1987, nr. 1.211, *BR* 1987, p. 864 – nr. 1).

Conclusie

Uit deze analyse volgt dat er bij de beoordeling van de al dan niet gelijkwaardigheid van producten veelal casuïstisch te werk wordt gegaan waarbij arbiters varen op hun eigen materiedeskundigheid. In een enkel geval worden expliciet meer algemeen toepasbare criteria geformuleerd. Daaruit kunnen een tweetal worden gedestilleerd die als richtsnoer kunnen dienen om in specifieke gevallen de gelijkwaardigheid te beoordelen te weten 1) onder welke omstandigheden wordt een product toegepast en 2) welke zijn de onder die omstandigheden relevante eigenschappen die voor de opdrachtgever aanleiding zijn geweest het specifieke product in het bestek te vermelden?

6. Overeenkomsten en verschillen tussen beoordelingen in het publiekrechtelijk en in het privaatrechtelijk bouwrecht

Het begrip 'gelijkwaardigheid' heeft in het publiekrechtelijk bouwrecht een ander karakter dan in het privaatrechtelijk bouwrecht. Waar het in het laatste geval gaat het om de gelijkwaardigheid van producten, gaat het in het publiekrechtelijk bouwrecht veeleer om de gelijkwaardigheid van oplossingen waarmee op een andere manier dan in het Bouwbesluit wordt aangegeven, aan een bepaald niveau van veiligheid, energiezuinigheid e.d. wordt voldaan.

Materiële overeenkomsten in de manier waarop de beoordeling van gelijkwaardigheid plaats vindt zijn dan ook lastig te vinden. In procedurele zin valt wel vast te stellen dat daar waar zowel bestuursorganen als aanbestedende diensten beoordelingsvrijheid hebben bij de afweging omtrent gelijkwaardige oplossingen, zij te dien aanzien geen kaders of regels hebben opgesteld, terwijl dit wel voor de hand ligt uit bestuursrechtelijke notie (de algemene beginselen van behoorlijk bestuur). In het geval van koop/ aannemingsovereenkomsten zijn deze niet van toepassing. Van privaatrechtelijke partijen kan ook niet worden verwacht dat zij dergelijke kaders of regels opstellen. Interessant is derhalve om te constateren dat een kader wel gegeven is in de algemene voorwaarden bij koop/ aannemingsovereenkomsten. Zoals geconstateerd, dient gelet te worden op de waarde, kwaliteit, uiterlijk, aanzien en bruikbaarheid van de woning. Dit geeft voor de aannemer die een gelijkwaardige oplossing wenst voor te stellen, voldoende kader om op voorhand te kunnen beoordelen of zijn voorstel aan deze criteria voldoet (ervan afgezien dat daaromtrent natuurlijk verschil van inzicht kan ontstaan).

7. Mogelijke beoordelingsmethodieken van gelijkwaardigheid

7.1 Relevante punten uit de hiervoor onderzochte beoordelingen

Uit de hiervoor onderzochte beoordelingen kunnen een aantal aandachtspunten worden afgeleid die bij de beoordeling van een beroep op gelijkwaardigheid van belang zijn.

In het kader van vergunningsaanvragen lijkt het met In 't Hout (*supra*, p. 26) wenselijk om een landelijke voorziening in het leven te roepen waarin onafhankelijke technische (en juridische, zo meen ik) deskundigheid bij elkaar wordt gebracht die zich een inhoudelijk oordeel over de gelijkwaardigheid vormt.

In het kader van privaatrechtelijke aanspraken op gelijkwaardigheid zijn van belang: een geobjectiveerd oordeel, relevante eigenschappen van een product en de overwegingen die ertoe hebben geleid om juist dat product in het bestek voor te schrijven.

7.2 De equivalentietheorie

In het octrooirecht is beoordeling van de gelijkwaardigheid van producten van belang, niet om vast te stellen of er sprake is van producten die als alternatief voor het voorgeschreven product kunnen worden toegepast, maar om vast te stellen of er sprake is van een inbreuk op een octrooirecht doordat een product (al te) gelijkwaardig is aan het geoctrooieerde product. In het octrooirecht is daartoe onder meer de equivalentietheorie ontwikkeld. Van inbreuk op een octrooi kan alleen sprake zijn wanneer een derde, zonder daartoe gerechtigd te zijn, met betrekking tot een voortbrengsel dat (of een werkwijze die) onder de beschermingsomvang van het octrooi valt, handelingen verricht welke krachtens de octrooiwetgeving aan de octrooihouder zijn voorbehouden, zo opent Pieroen zijn monumentale werk over de beschermingsomvang van octrooien in Nederland, Duitsland en Engeland.⁹⁷ Eén van de moeilijkste onderwerpen van het octrooirecht is het vaststellen van de beschermingsomvang van een octrooi.

Octrooi wordt verkregen doordat het op aanvraag van de rechthebbende wordt verleend, niet slechts door het doen van een uitvinding zoals het auteursrecht wordt verkregen door het enkele scheppen van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst.⁹⁸ De octrooiaanvraag moet een beschrijving van de uitvinding bevatten en één of meerdere conclusies. Deze zijn het belangrijkste deel van de aanvraag en van het op grond daarvan te verlenen octrooi. Zij

⁹⁷ Pieroen 1988, p.1

⁹⁸ Gielen e.a. (red.) 2007, p. 35

bepalen de bescherming die aan de octrooihouder toekomt en bakenen daarmee het aan hem toegekende monopolie af.⁹⁹

Pieroen onderscheidt twee manieren waarop de octrooihouder een ruime bescherming kan krijgen: a) door het ruim formuleren van de octrooiconclusies¹⁰⁰ en bijbehorende beschrijvingen zodat zoveel mogelijk uitvoeringsvormen van het uitgevonden voortbrengsel onder de woorden van de octrooiconclusie vallen en b) door het toekennen van een beschermingsomvang die ruimer is dan met zoveel woorden in de octrooiconclusie is aangegeven.¹⁰¹ Dit laatste wordt mogelijk geacht omdat de mogelijkheid wordt erkend dat de aard en de toepassingsmogelijkheden van de uitvinding bij het opstellen van de in te dienen octrooiaanvraag niet voldoende voorzien worden met het gevolg dat de octrooiconclusies – achteraf gezien – niet adequaat geformuleerd blijken te zijn.¹⁰²

Voor het vaststellen van de beschermingsomvang is in Nederland lang de zogenaamde *leer van het wezen* gehanteerd welke door de Hoge Raad werd geïntroduceerd in zijn fundamentele arrest van 20 juni 1930, NJ 1930, 1217 (Philips/Tasseron). Deze leer houdt in dat men niet moet blijven stilstaan bij de letterlijke tekst van het octrooischrift maar dat het in deze aankomt op dat, waarin naar het wezen van de zaak de geoctrooieerde uitvinding bestaat.¹⁰³

Eerst in 1995 heeft de Hoge Raad deze leer genuanceerd in het arrest van 13 januari 1995, NJ 1995, 391 (Ciba Geigy/Oté Optics). Het wezen van de uitvinding doet nog steeds ter zake maar speelt slechts als één van de factoren mee.

Voor de daarbij aangesloten landen bepaalt artikel 69 van het Europees Octrooioverdrag EOV dat de beschermingsomvang van het Europees octrooi (...) wordt bepaald door de inhoud van de conclusies uit het octrooischrift. Niettemin dienen de beschrijving en de tekeningen tot uitleg van die octrooiconclusies. Daarnaast is er nog een protocol inzake de uitleg van artikel 69 EOV. Van belang is daarbij dat dit protocol stelt dat bij de uitleg zowel een redelijke bescherming aan de aanvrager als een redelijke rechtsbescherming aan derden wordt geboden. Tussen beide belangen dient het juiste midden te worden gevonden.

Inbreuk

Er kan op verschillende manieren worden gekeken naar het maken van inbreuk op een verleend octrooi. In de eerste plaats is dat directe inbreuk. Dit begrip komt niet met zoveel woorden in de wet voor maar betreft het verrichten van de limitatief aan de octrooihouder

⁹⁹ Gielen e.a. (red.) 2007, p. 38

¹⁰⁰ Voor het begrip 'conclusie' zie artikel 25 lid 1 ROW 1995: De beschrijving van de uitvinding is duidelijk en volledig en wordt zodanig opgesteld (...). De omschrijving, gegeven in een of meer conclusies aan het slot van de beschrijving is nauwkeurig (...).

¹⁰¹ Pieroen 1988, p. 5

¹⁰² Pieroen 1988, p. 9

¹⁰³ Pieroen 1988, p. 173

voorbehouden handelingen zonder diens toestemming. Deze zijn vermeld in artikel 53 Rijksoctrooiwet 1995 (ROW 1995).¹⁰⁴

Daarnaast regelt artikel 73 ROW 1995 de indirecte inbreuk. De octrooihouder kan zijn octrooi ook handhaven tegenover de derde die in of voor zijn bedrijf middelen betreffende een wezenlijk bestanddeel van de uitvinding aan anderen – die niet tot toepassing van de uitvinding gerechtigd zijn – aanbiedt of voor toepassing van de geoctrooieerde uitvinding levert.

Bertrams maakt een onderscheid tussen letterlijke octrooi-inbreuk, het weg-interpreteren van kenmerken en inbreuk door middel van equivalenten.¹⁰⁵ Van letterlijke octrooi-inbreuk is sprake wanneer in de inbreukmakende uitvoeringsvorm alle kenmerken van het geoctrooieerde voortbrengsel letterlijk aanwezig zijn. Dergelijke gevallen zullen niet vaak voorkomen. Veel eerder zal een concurrent proberen met zijn uitvoeringsvorm iets af te wijken van het octrooi in een poging de letterlijke tekst van het octrooi te omzeilen. Het eerste geval in zo'n situatie betreft de vraag of het ontbrekende kenmerk weg-geïnterpreteerd mag worden en de uitvoeringsvorm ondanks het ontbreken van het kenmerk onder de beschermingsomvang kan vallen. Het tweede geval betreft de vraag of in de plaats van het in het octrooi genoemde kenmerk een equivalent kenmerk is gebruikt, dat onder de beschermingsomvang van het octrooi valt.¹⁰⁶

Letterlijke octrooi-inbreuk beperkt zich overigens niet tot gevallen waarin een uitvoeringsvorm volledig identiek is. Hieronder vallen ook uitvoeringsvormen waarin gebruik wordt gemaakt van technische equivalenten. Dit zijn kenmerken waarvan de **gemiddelde deskundige** zonder meer weet dat zij als equivalent kunnen dienen voor andere kenmerken.¹⁰⁷

Equivalentie

Een veel voorkomende omstandigheid is dat de inbreukmaker voor één of meer in de octrooi-conclusie opgenomen kenmerken een uitvoeringsvariant gebruikt, die niet onder de gebruikte bewoordingen van de conclusie valt maar die wel tot hetzelfde resultaat leidt. In het algemeen zal in zulk een geval de vereiste rechtszekerheid met zich brengen dat geen inbreuk kan worden waargenomen tenzij vastgesteld kan worden dat het voor de gemiddelde

¹⁰⁴ Artikel 53 lid 1 ROW 1995: Een octrooi geeft de octrooihouder, behoudens de bepalingen van de artikelen 54 tot en met 60, het uitsluitend recht:

a. het geoctrooieerde voortbrengsel in of voor zijn bedrijf te vervaardigen, te gebruiken, in het verkeer te brengen of verder te verkopen, te verhuren, af te leveren of anderszins te verhandelen, dan wel voor een of ander aan te bieden, in te voeren of in voorraad te hebben;

b. de geoctrooieerde werkwijze in of voor zijn bedrijf toe te passen of het voortbrengsel, dat rechtstreeks is verkregen door toepassing van die werkwijze, in of voor zijn bedrijf te gaan gebruiken, in het verkeer te brengen of verder te verkopen, te verhuren, af te leveren of anderszins te verhandelen, dan wel voor een of ander aan te bieden, in te voeren of in voorraad te hebben.

¹⁰⁵ Bertrams 1998, p. 6

¹⁰⁶ Bertrams 1998, p. 25

¹⁰⁷ Bertrams 1998, p. 224

vakman na bestudering van het verleende octrooi voor de hand lag dat de betrokken uitvoeringsvariant ook onder de bescherming van het octrooi zou vallen.¹⁰⁸

Bertrams neemt daaromtrent een ander standpunt in: hij stelt dat het met de kennis omtrent het octrooi niet al te moeilijk zal zijn nadien een uitvoeringsvorm te bedenken die enigszins afwijkt van de geoctrooieerde uitvinding. Zou slechts de letterlijke tekst bepalend zijn, dan verliest in de meeste gevallen het octrooi veel van zijn waarde. Een te beperkte uitleg tast derhalve het doel van het octrooirecht aan.¹⁰⁹ Over het feit dat equivalenten onder de beschermingsomvang van het octrooi dienen te vallen bestaat algemene consensus die ook tot uitdrukking komt in artikel 21 lid 2 van het WIPO-Harmonisatievoorstel.¹¹⁰ In de rechtspraak¹¹¹ wordt de voorkeur gegeven aan de functie-wijze-resultaat theorie boven het 'gemiddelde vakman' criterium.¹¹² Deze theorie houdt in dat de rechter zich afvraagt of de maatregel waartegen het octrooi wordt ingezet in wezen dezelfde functie vervult op in wezen dezelfde wijze met in wezen hetzelfde resultaat. De zienswijze van Bertrams sluit m.i. ook beter aan bij de tegenwoordige perifeer of abstract geformuleerde conclusies in het octrooischrift waarbij een omschrijving wordt gegeven van de uitvindingsgedachte in algemene, abstracte kenmerken, meestal door opsomming van een aantal karakteristieke kenmerken.¹¹³

De equivalentietheorie is voortgekomen uit het ervaringsgegeven dat de octrooihouder, wanneer slechts de letterlijke tekst van zijn octrooi wordt beschermd, veelal niet de bescherming voor zijn uitvinding krijgt die hij eigenlijk verdient. Door toepassing van de equivalentietheorie is het mogelijk de beschermingsomvang van het octrooi uit te breiden tot uitvoeringsvormen waarin gebruik wordt gemaakt van gelijkwerkende middelen. Hierbij gaat het om een vergelijkende beschouwing van de in de uitvoeringsvorm gebruikte kenmerken en de kenmerken uit het octrooi, waarbij de functie van de kenmerken centraal staat.¹¹⁴

7.3 Besliskunde

De beoordeling van voorstellen tot het toepassen van gelijkwaardige producten of oplossingen kan men zien als een besluitvormingsproces. Er moet namelijk door beoordelaars een besluit worden genomen of een voorgesteld product of voorgestelde oplossing gelijkwaardig wordt geacht aan het besteksmatig voorgeschreven product dan wel de publiekrechtelijk voorgeschreven oplossing (in die zin dat er aan een bepaalde prestatie-

¹⁰⁸ Gielen e.a. (red.) 2007, p. 66

¹⁰⁹ Bertrams 1998, p. 13

¹¹⁰ WIPO: World International Property Organization

¹¹¹ Beide criteria worden echter nog steeds gehanteerd, zie. HR 6 maart 2009, LJN: BG7411 (functie-wijze-resultaat) en HR 6 maart 2009, LJN: BG7412 (gemiddelde vakman)

¹¹² Bertrams 1998, p. 295

¹¹³ Bertrams 1998, p. 10

¹¹⁴ Bertrams 1998, p. 28

eis moet worden voldaan ter concretisering van de functionele eis). In haar dissertatie¹¹⁵ geeft Volker een overzicht van drie generaties van besluitvormingstheorieën: rationele beslissingsmodellen, modellen over besluitvormingsgedrag en naturalistische besluitvormingsconcepten. Het juridische model gaat uit van een rationeel en lineair besluitvormingsproces waarin varianten worden vergeleken op basis van vooraf bekend gemaakte criteria.¹¹⁶ Dit juridische model ligt ten grondslag aan de beoordeling van varianten in het kader van een aanbestedingsprocedure. Daarvoor geldt immers volgens Richtlijn 2004/18/EG en het Bao dat indien varianten worden toegestaan door een aanbestedende dienst, de criteria op grond waarvan deze varianten worden beoordeeld vooraf bekend dienen te worden gemaakt. Het juridische model ligt in zekere zin ook ten grondslag aan de beoordeling van gelijkwaardige oplossingen in het kader van het Bouwbesluit. Hoewel dit besluit niet regelt dat criteria waaraan getoetst wordt op voorhand bekend moeten zijn gemaakt, volgt dit wel uit de algemene bestuursrechtelijke notie dat waar een overheidsorgaan beleidsvrijheid of beoordelingsvrijheid heeft, dit orgaan gehouden is die criteria op voorhand kenbaar te maken.

Wanneer we ervan uitgaan, dat het juridisch model toepasbaar is bij beoordeling van gelijkwaardigheid, dan volgt hieruit dat voor een juiste toepassing ervan, voorafgaande bekendmaking van de criteria waaraan getoetst wordt, essentieel is voor de juiste werking van het model.

¹¹⁵ Volker 2010, p. 15 e.v.

¹¹⁶ Volker 2010, p. 314

8. Conclusies en aanbevelingen

In dit onderzoek stonden centraal de vragen welke criteria worden gehanteerd bij de beoordeling van gelijkwaardigheid in het bouwrecht en hoe de beoordeling van gelijkwaardigheid zou dienen te verlopen? Daartoe heb ik onderzocht hoe vergunningverlenende instanties (gemeenten) en aanbestedende diensten (gemeenten, provincies, waterschappen, rijk) omgaan met deze beoordeling wanneer vergunningaanvragers respectievelijk inschrijvers c.q. aannemers bij de aanbesteding dan wel de uitvoering van een werk een beroep doen op de gelijkwaardigheidsbepalingen die zijn onderzocht. Tevens heb ik onderzocht hoe daar in de jurisprudentie mee wordt omgegaan.

Uit het onderzoek blijkt dat er geen sprake is van op voorhand kenbare criteria waaraan de beoordeling van gelijkwaardigheid plaats vindt. Noch in hun publiekrechtelijke hoedanigheid, noch in hun privaatrechtelijk handelen hebben overheidsorganen daartoe beleidskaders opgesteld. Gesteld kan worden dat daartoe wel de noodzaak aanwezig is. In zijn bestuursrechtelijke hoedanigheid geldt immers de bestuursrechtelijke notie dat daar waar een overheidsorgaan beoordelingsruimte heeft, het zijn beoordelingsnormen vastlegt in een beleidsregel.¹¹⁷ En ook in zijn privaatrechtelijk handelen kan enerzijds vanuit de doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur worden beredeneerd dat beleidskaders dienen te worden opgesteld; anderzijds blijkt de noodzaak daartoe ook uit de jurisprudentie.¹¹⁸

Aanbevelingen

Mijns inziens dienen gemeenten vanuit hun publiekrechtelijke hoedanigheid een beleidskader op te stellen waarin wordt aangegeven hoe wordt omgegaan met een beroep op de gelijkwaardigheidsbepaling uit het Bouwbesluit (en Gebruiksbesluit maar dat gaat naar verwachting binnenkort op in het Bouwbesluit). Een dergelijk beleidskader zou – ervan afgezien dat daarmee kenbaar is aan welke criteria getoetst wordt – er toe kunnen bijdragen dat de toepassing van innovatieve materialen of constructies bevorderd wordt.

Bij het opstellen van een beleidskader kunnen de volgende punten aan de orde komen.

- 1) Sluit aan bij de paragraafindeling van het Bouwbesluit met andere woorden, geef **per hoofdthema** (energiezuinigheid, veiligheid e.d.) aan hoe met beoordeling van gelijkwaardigheid wordt omgegaan.
- 2) Geef aan hoe **procedureel** met een beroep op gelijkwaardigheid wordt omgegaan. Bijvoorbeeld: past de beoordeling daarvan binnen de gebruikelijke

¹¹⁷ Damen e.a. 2005, p. 349

¹¹⁸ O.a. uit het Traunfellner-arrest (*supra*, p. 36 en uit uitspraken van de Raad van Arbitrage bijvoorbeeld RVA 26 mei 1998, nr. 20.419, *BR* 1998, p.699 (*supra*, p. 33).

vergunningverleningstermijn of dient de aanvrager in een voorkomend geval te rekenen op een langere termijn?

- 3) Geef aan of en hoe eventueel van **externe deskundigheid** gebruik wordt gemaakt en wat de status van een ingewonnen extern deskundigheidsadvies is.

Een verdergaande aanbeveling zou kunnen zijn om de beoordeling van gelijkwaardige oplossingen in het kader van het Bouwbesluit op te dragen aan een onafhankelijke instantie die bindend oordeelt. Daarmee zou burgemeester en wethouders de discretionaire bevoegdheid om over dergelijke aanvragen te oordelen, worden ontnomen waardoor er dienaangaande nog slechts een gebonden bevoegdheid resteert. Bij een geslaagd beroep op gelijkwaardigheid rest burgemeester en wethouders dan niet anders dan de vergunning te verstrekken. Dit systeem heeft wel een aantal voordelen. Ten eerste sluit het aan bij het limitatief-imperatief stelsel van de vergunningverlening welke nu enigszins wordt doorbroken door burgemeester en wethouders op een enkel (technisch) onderdeel beoordelingsvrijheid te verstrekken. Dit is in wezen niet in lijn met de oorspronkelijke doelstellingen van het Bouwbesluit. In de tweede plaats zou de instelling van een dergelijke instantie een logische voortzetting zijn van de tendens die reeds met het Bouwbesluit is ingezet en die verder is doorgetrokken door de voorschriften die resteerden in gemeentelijke bouwverordeningen na invoering van het Bouwbesluit over te hevelen naar het Gebruiksbesluit. In de derde plaats zou dit ook aansluiten bij de reeds bestaande gang van zaken omtrent de erkende kwaliteitsverklaringen waarbij burgemeester en wethouders gehouden zijn een gelijkwaardige oplossing te accepteren wanneer door de vergunningaanvrager een erkende kwaliteitsverklaring wordt overgelegd.

Uit de Monitor bouwregelgeving 2004¹¹⁹ bleek dat het beslissen in concrete situaties en het doen van uitspraken over het voldoen van bepaalde oplossingen (inclusief gelijkwaardigheid) een taak van gemeenten bleef. De bouwpraktijk en soms ook gemeenten vonden dit jammer omdat ze graag een scheidsrechter zouden willen hebben.¹²⁰

Ook voor aanbestedende diensten geldt dat zij een beleidskader op dienen te stellen waarin de beoordelingsnormen voor een beroep op de gelijkwaardigheid van andere dan de in de technische specificaties genoemde producten zijn vermeld. Daarbij kunnen de volgende punten aan de orde komen.

- 1) Geef de **overwegingen** voor het vermelden van een product- of merknaam in een bestek.

¹¹⁹ Bijlage bij TK 2005/06, 28 325, nr. 25

¹²⁰ Monitor bouwregelgeving 2004, p. 33

- 2) Geef aan wat de **relevante eigenschappen** zijn die van belang zijn geweest om het betreffende product of merk voor te schrijven in het bestek.
- 3) Geef aan dat bij de beoordeling van de gelijkwaardigheid deze relevante eigenschappen aan de orde komen bij de beoordeling of het alternatieve product **dezelfde functie** vervult op in wezen **dezelfde wijze**, leidend tot **eenzelfde resultaat**. Daarbij kan ook aansluiting worden gezocht bij de criteria die reeds worden gehanteerd bij de algemene voorwaarden bij koop/ aannemingsovereenkomsten te weten waarde, kwaliteit, uiterlijk, aanzien en bruikbaarheid,
- 4) Pas bij de beoordeling een **geobjectiveerd criterium** toe: het dient voor een bekwaam, redelijk geïnformeerd en handelend inschrijver/ aannemer duidelijk te zijn wat in casu onder een gelijkwaardig alternatief dient te worden verstaan.
- 5) Geef aan wat de **rechtsgevolgen** zijn bij een al dan niet geslaagd beroep op gelijkwaardigheid.

Literatuur

Alders 2010

E. Alders, 'Bouwwerkbepaal, Bgbs of toch maar gewoon Bouwbesluit 2011?',
Tijdschrift Bouwrecht 2010/137

Van den Berg e.a. (red.) 2010

M.A.M.C. van den Berg, A.G. Bregman, M.A.B. Chao-Duivis, *Bouwrecht in kort
bestek*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2010

Bertrams 1998

H.M.E. Bertrams, *Equivalentie in het octrooirecht. Een vergelijkend onderzoek naar
equivalentie in Nederland, Duitsland en de VS* (diss. Universiteit Utrecht), Deventer:
Kluwer 1998

Bovis 2008

C.H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Cheltenham (UK) : Edward Elgar Publishing
2008

Bruggeman 2010

E.M. Bruggeman, *De koop/ aannemingsovereenkomst in breed perspectief*
(diss. TU Delft), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2010

Chao-Duivis e.a. 2005

M.A.B. Chao-Duivis e.a., *UAV 1989 Toegelicht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2005

Damen e.a. 2005

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005

Gielen e.a. (red.) 2007

Ch. Gielen e.a. (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*,
Kluwer: Deventer 2007

In 't Hout & Smid 2004

J. in 't Hout & W.R. Smid, Het Bouwbesluit 2003: een overzicht,
Bouwrecht nr. 11 – 2004

De Graaf & Marseille 2011

K.J. de Graaf & A.T. Marseille, 'Over onafhankelijk en deskundig voorbereide overheidsbesluiten', in: H.B. Krans e.a. (red.), *De deskundige in het recht*, Uitgeverij Paris: Zutphen 2011, p. 17 – 33

De Jong & Pothuis 2008

A. de Jong, J.W. Pothuis, *Bouwbesluit 2003*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2008

Van Overveld 2003

M. van Overveld, *Bouwbesluit 2003: theorie en praktijk. Beoordelen en verder ontwikkelen van bouwvoorschriften* (diss. TU Delft), Den Haag: Sdu Uitgevers 2003

Van Overveld 2010

M. van Overveld, *Handboek Bouwbesluit 2003*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010

Pieroen 1988

A.P. Pieroen, *Beschermingsomvang van octrooien in Nederland, Duitsland en Engeland* (diss. Universiteit Leiden), Kluwer: Deventer 1988

Pijnacker Hordijk e.a. 2009

E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2009

Van Romburgh 2005

H.D. van Romburgh, *Op weg naar een nieuw aanbestedingsrechtelijk kader in Nederland: een proeve van een wet voor het verstrekken van overheidsopdrachten*, Kluwer: Deventer 2005

Scholten 2001

N.P.M. Scholten, *Technische en juridische grondslagen van de technische bouwregelgeving. Woningwet en Bouwbesluit* (diss. TU Delft), Amsterdam 2001

Volker 2010

L. Volker, *Deciding about Design Quality* (diss. TU Delft), Leiden: Sidestone Press 2010

Van Wijngaarden 1974

M.A. van Wijngaarden, *Handleiding tot de U.A.V.*, Deventer: Kluwer-Samson 1974

Van Wijngaarden/ Chao-Duivis 2010

M.A.B. Chao-Duivis (bew.), *Mr. M.A. van Wijngaarden. Bouw- en aanbestedingsrecht.*
Deel 16, Zutphen: Uitgeverij Paris 2010

Bijlage 1

Vragenlijst aan vergunningverlenende instanties

In het kader van de studie rechten aan de Open Universiteit doe ik onderzoek naar en schrijf ik een scriptie over het onderwerp 'gelijkwaardigheid in het bouwrecht'. Daarbij besteed ik zowel aandacht aan het publiekrechtelijke aspect – de gelijkwaardigheidbepaling in het Bouwbesluit en Gebruiksbesluit – als aan het privaatrechtelijke aspect met name in het kader van de aanbesteding van werken.

In dit verband leg ik u graag een aantal vragen voor in het kader van uw publiekrechtelijke bevoegdheid tot het verlenen van een omgevingsvergunning voor het bouwen (voorheen: bouwvergunning).

- 1) Om een algemene indruk te krijgen: worden door vergunningaanvragers regelmatig voorstellen gedaan tot het toepassen van gelijkwaardige oplossingen op grond van artikel 1.5 Bouwbesluit dan wel artikel 1.4 Gebruiksbesluit?
- 2) Hoe gaat de beoordeling van deze voorstellen in uw gemeente in zijn werk? Kunt u daarbij iets aangeven omtrent zowel de procedurele aspecten als omtrent de inhoudelijke beoordeling daarvan?
- 3) Is er in uw gemeente een beleidskader waarbinnen voorstellen tot het toepassen van gelijkwaardige oplossingen wordt beoordeeld?
- 4) Is bij u informatie bekend over gelijkwaardige oplossingen die elders op een andere manier beoordeeld worden?
- 5) Heeft u aanbevelingen omtrent de manier waarop de beoordeling van voorstellen tot het toepassen van gelijkwaardige oplossingen zou moeten geschieden?
- 6) Indien er eventuele andere aspecten van belang kunnen zijn in verband met het onderhavig onderzoek, stel ik het uiteraard zeer op prijs wanneer u daaromtrent iets vermeld.

Bijlage 2

Vragenlijst aan aanbestedende overheidsdiensten

In het kader van de studie rechten aan de Open Universiteit doe ik onderzoek naar en schrijf ik een scriptie over het onderwerp 'gelijkwaardigheid in het bouwrecht'. Daarbij besteed ik zowel aandacht aan het publiekrechtelijke aspect – de gelijkwaardigheidsbepaling in het Bouwbesluit en Gebruiksbesluit – als aan het privaatrechtelijke aspect met name in het kader van de aanbesteding van werken.

In dit verband leg ik u graag een aantal vragen voor in het kader van uw hoedanigheid als aanbestedingsplichtige overheidsdienst.

- 1) Om een algemene indruk te krijgen: worden door inschrijvers bij aanbestedingen regelmatig voorstellen gedaan tot het toepassen van gelijkwaardige oplossingen?
- 2) Hoe gaat de beoordeling van deze voorstellen in uw gemeente in zijn werk? Kunt u daarbij iets aangeven omtrent zowel de procedurele aspecten als omtrent de inhoudelijke beoordeling daarvan?
- 3) Is er een onderscheid te maken tussen aanbestedingen boven respectievelijk beneden de Europese drempelwaarde?
- 4) Is er bij u een beleidskader waarbinnen voorstellen tot het toepassen van gelijkwaardige oplossingen in het kader van aanbestedingen worden beoordeeld?
- 5) Is bij u informatie bekend over gelijkwaardige oplossingen die elders op een andere manier beoordeeld worden?
- 6) Heeft u aanbevelingen omtrent de manier waarop de beoordeling van voorstellen tot het toepassen van gelijkwaardige oplossingen in het kader van aanbestedingen zou moeten geschieden?
- 7) Indien er eventuele andere aspecten van belang kunnen zijn in verband met het onderhavig onderzoek, stel ik het uiteraard zeer op prijs wanneer u daaromtrent iets vermeld.